Wesen und Voraussetzungen des Gläubigerverzuges nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

bacc. jur. **Walter Tempel**
Referendar in Dresden.

Otto Wigand
Verlagsbuchhandlung und Buchdruckerei m. b. H.
Leipzig 1910.

Dem Andenken
meines lieben Vaters!
Meiner teuren Mutter!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546804_0028

Inhalts-Übersicht.

Seite

Literatur-Verzeichnis 7
Einleitung 13
Ausführung 15

A. **Wesen und Voraussetzungen des Gläubigerverzuges im allgemeinen.**

§ 1. Tatbestand des Gläubigerverzuges 15
§ 2. Rechtliches Wesen des Gläubigerverzuges 19
§ 3. Voraussetzungen des Gläubigerverzuges im allgemeinen 30

B. **Voraussetzungen auf Seiten des Schuldners.**

I. Das Angebot.

1. Unterscheidung der beiden Angebotsarten im gemeinen Rechte und im Bürgerlichen Gesetzbuche 34
§ 4. Real- und Verbaloblation im gemeinen Rechte 34
§ 5. Tatsächliches und wörtliches Angebot im Bürgerlichen Gesetzbuche 38
2. Erfordernisse eines gehörigen Angebots überhaupt 42
§ 6. Wer kann anbieten? 44
§ 7. Wem kann angeboten werden? 49
§ 8. Was ist anzubieten? 55
§ 9. Wo ist anzubieten? 59
§ 10. Wann ist anzubieten? 61
§ 11. 3. Tatsächliches Angebot 69
§ 12. 4. Wörtliches Angebot 75
§ 13. 5. Wegfall des Angebots 99
§ 14. II. Die Leistungsbereitschaft 102

C. **Voraussetzungen auf Seiten des Gläubigers.**

§ 15. Unterlassen der Mitwirkung 109

Schluß.

§ 16. Beendigung des Gläubigerverzuges 124

Literatur-Verzeichnis.

Baron, Pandekten. 9. Aufl. Leipzig 1896 (cit. Baron).

Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften. Abt. I 1878 (cit. Bernstein).

Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts, herausgeg. von Perl und Wreschner. 15. Jahrg. Berlin 1904 (cit. Bl. f. Rechtspfl.).

Block, Voraussetzungen der mora creditoris nach gemeinem Rechte und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Inauguraldissertation. Greifswald 1904 (cit. Block).

Breit, Die Geschäftsfähigkeit. 1. Hälfte. Leipzig 1903 (cit. Breit).

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. II. 2. Aufl. Erlangen 1879 (cit. Brinz).

v. Buchka, Die indirekte Verpflichtung zur Leistung. 1904 (cit. v. Buchka).

Charmak, mora accipiendi nach gemeinem Recht und Gläubigerverzug nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Inauguraldissertation. Greifswald 1902 (cit. Charmak).

Corpus juris civilis, edd. Krüger, Mommsen, Schöll. Berlin.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd., 1. Abt. 5. Aufl. Jena 1909 (cit. Cosack).

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. Tübingen und Leipzig 1902 (cit. Crome).

Dernburg, Pandekten. 1. und 2. Bd. 6. Aufl. Berlin 1900 (cit. Dernburg, Pand.).

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. 2. Bd. Obligationenrecht. 5. Aufl. Halle 1897 (cit. Dernburg, preuß. Priv.R.).

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. 2. Bd. Schuldverhältnisse. 4. Aufl. Halle 1909 (cit. Dernburg, bürg. R.).

Deutsche Juristenzeitung, herausgeg. von Laband, Stenglein, Staub. Jahrgänge 1902, 1903, 1904, 1906, 1907. Berlin (cit. DJZ.).

Dochnahl, Die Gefahrtragung beim Werkvertrage, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 48. Jena 1904 (cit. Dochnahl in Iher. Jahrb.).

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Bd. 9. Aufl. Berlin 1903 (cit. Endemann).

Eneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. Marburg 1901 (cit. Eneccerus-Lehmann).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bände 1, 5, 10, 11, 14, 22, 26, 29, 41, 49, 50, 53, 56, 57 (cit. RG.).

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Bände 2, 4, 9, 10, 13, 15, 16, 18, 19, 30 (cit. ROHG.).

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe mit Anmerkungen. 8. Aufl. München 1909 (cit. Fischer-Henle).

Fieberg, Entlassung und Austritt, in der deutschen Juristenzeitung, Jahrgang 1904 (cit. Fieberg in DJZ. 1904).

Fleck, Die Verzugslehre und der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, im Archiv für das bürgerliche Recht (herausgeg. von Kohler und Ring) Bd. 12. Berlin 1897 (cit. Fleck im Arch. f. bürg. R.).

Fritz, Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu v. Wening-Ingenheims Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts. 3. Heft. Freiburg und Karlsruhe 1839 (cit. Fritz).

v. Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Bände 4 und 8. Erlangen 1796 und 1807 (cit. v. Glück, Pand.).

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. 1. Bd. 2. Aufl. Berlin 1903 (cit. Goldmann-Lilienthal).

Goldschmidt, Zur Theorie der Wertpapiere, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgeg. von Goldschmidt u. a. Bd. 28. Stuttgart 1882 (cit. Goldschmidt in Z.).

Habicht, Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. 3. Aufl. Jena 1901 (cit. Habicht).

Hellmann, Über Planck Komm. zum BGB., in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgeg. von Birkmeyer, Hellmann u. a. 3. Folge. Bd. 5. Freiburg i. B. 1899 (cit. Hellmann in Krit. Viert. Schr. Jahrg. 1899).

Hellmann, Über Munk, mora creditoris, ebendort. 3. Folge. Bd. 6. Tübingen und Leipzig 1900 (cit. Hellmann in Krit. Viert. Schr. Jahrg. 1900).

Henrici, Die Voraussetzungen der mora creditoris nach gemeinem Recht und nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Inauguraldissertation. Jena 1899 (cit. Henrici).

Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge. Leipzig 1895 (cit. Hirsch).

Hohenstein, § 326 BGB. und der Abnahmeverzug des Käufers, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. 48. Jahrg. Heft 6. Berlin 1904 (cit. Hohenstein in Gruch. Beitr.).

Juristische Wochenschrift, herausgeg. von Kuhlenbeck. Jahrgänge 1903, 1904 (cit. JW.).

Kisch, Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach BGB. Jena 1900 (cit. Kisch).

Koch, Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Recht. Bd. 1. Breslau 1836 (cit. Koch).

Koch, Die mora creditoris. Inauguraldissertation. Berlin 1895 (cit. Koch, mora cred.).

Kohler, Annahme und Annahmeverzug, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 17. Jena 1879 (cit. Kohler in Iherings Jahrb.).

Kohler, Der Gläubigerverzug (12 Studien zum BGB.), im Archiv für das bürgerliche Recht. Bd. 13. Berlin 1897 (cit. Kohler im Arch. f. bürg. R.).

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 1. Teil. Berlin 1899 (cit. Kohler, Bürg.R.).

Kornfeld, Die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges nach gemeinem Recht und dem BGB. Inauguraldissertation. Rostock 1903 (cit. Kornfeld).

Kremer, Die Mitbürgschaft. Straßburg 1902 (cit. Kremer).

Kuhlenbeck, Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1899. (cit Kuhlenbeck, BGB.).

Laband, Zum zweiten Buch des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, im Archiv für die civilistische Praxis, herausgeg. von Franklin, Mandry u. a. Bd. 73. Freiburg i. B. 1888 (cit. Laband im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 73.).

Laband, Dasselbe, ebendort Bd. 74. Freiburg i. B. 1889 (cit. Laband im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 74).

Lehmann, Die Bedeutung der Ausdrücke „Abnahme“ (Empfangnahme) nach dem BGB. und dem HGB., in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrgang 1902 (cit. Lehmann in DJZ.).

Leiden, Voraussetzungen und Wirkungen der Schuldhinterlegung. Leipzig 1895 (cit. Leiden).

Leist, Die Differenzansprüche aus Börsengeschäften, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 83. Freiburg i. B. und Leipzig 1894 (cit. Leist im Arch. f. d. civ. Pr.).

Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung. Berlin 1899 (cit. Liebknecht).

Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts. 2. Bd. Gießen 1838 (cit. Mackeldey).

v. Madai, Die Lehre von der mora. Halle 1837 (cit. v. Madai).

Matthiaß, Bürgerliches Recht. 1. Bd. 3. Aufl. Berlin 1900 (cit. Matthiaß).

Meyer, Zu § 615 BGB., in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrg. 1906 (cit. Meyer in DJZ.).

Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches. 2. Aufl. Berlin 1909 (cit. Mittelstein).

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht III (Lehre von der mora). Braunschweig 1855 (cit. Mommsen).

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. Berlin 1888. Bd. 2. Berlin 1896 (cit. Mot.).

Munk, Wesen und Voraussetzungen der mora creditoris im gemeinen Rechte und im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Inauguraldissertation. Berlin 1898 (cit. Munk).

Neumann, Handausgabe zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1905 (cit. Neumann).

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse nach BGB. (Kommentar zum BGB. von Biermann, Frommhold, Gareis, Hubrich, Niedner und Oertmann Bd. II). 2. Aufl. Berlin 1906 (cit. Oertmann).

Oertmann, Die Zahlung fremder Schulden, im Archiv f. d. civ. Praxis. Bd. 82. Freiburg i. B. und Leipzig 1894 (cit. Oertmann im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 82).

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, erläutert. 2 Bd. 3. Aufl. Berlin 1907. (cit. Planck).

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bearb. von Achilles, Spahn, Gebhard. Berlin 1897 (cit. Prot. II).

Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung. 1. Bd. Berlin 1894 (cit. Reatz).

Recht, das, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Hannover, Leipzig. Jahrgänge 1902, 1903, 1905, 1906 (cit. Recht).

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann, Leipzig. Bände 5, 7, 10 (cit. Mugdan).

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 2. Bd. Berlin 1903 (cit. Rehbein).

Römer, Robert, Der Kaufvertrag auf Lieferung von Eisen mit dem Recht des Käufers auf sog. Spezifikation, in seinen Abhandlungen aus dem römischen Rechte, Heft 1. Stuttgart 1877 (cit. Römer, Abhandlungen).

Römer, Landgerichtsrat in Stuttgart, Pflicht des entlassenen Handlungsgehilfen, sich zur Verfügung zu stellen, in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrgang 1903 (cit. Römer in DJZ. 1903).

Römer, Oberlandesgerichtsrat in Stuttgart, Erfordert der Schuldnerverzug ein Verschulden des Schuldners? in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrgang 1907 (cit. Römer in DJZ. 1907).

Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft 1. Fristbestimmung. Stuttgart 1901 (cit. Romeick).

Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers. Voraussetzungen und Wirkungen nach dem BGB. unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. Bd. 43. Jena 1901 (cit. Rosenberg).

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, herausgegeben von Hoffmann, v. Sommerlatt und Wulfert. Bd. 12. Leipzig 1902 (cit. Sächs. Arch.).

v. Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris im österreichischen und im gemeinen Rechte. Wien 1884 (cit. v. Schey).

Schoemann, Die Lehre vom Schadensersatze. Teil II. Gießen 1806 cit. Schoemann).

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse (Kommentar zum BGB. Bd. II). München 1900 (cit. Schollmeyer).

J. A. Seuffert, Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bände 5, 19, 24, 26, 28, 32, 34, 40, 48, 50, 51, 59, 60, 62 (cit. Seuff. Arch.).

Siber, Kompensation und Aufrechnung. Leipzig 1899 (cit. Siber).

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 2. 2. Aufl. Leipzig 1861 (cit. Sintenis).

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Studien zum BGB. für das Deutsche Reich. Berlin 1897 (cit. Stammler).

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Auflage. Berlin 1907 (cit. Staub).

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2. Bd. erläutert von Kober und Engelmann). 3. und 4. neubearbeitete Aufl. München 1908 (cit. v. Staudinger).

Stölzel, Schulung für die civilistische Praxis. Teil I. 8. Auflage. Berlin 1909. Teil II. 4. Auflage. Berlin 1906 (cit. Stölzel, Schulung).

Türcke-Niedenführ-Winter, Das bürgerliche Recht. Bd. I. 2. Auflage. Leipzig 1904 (cit. Türcke-Niedenführ).

Thoel, Das Handelsrecht. 1. Bd. 2. Abt. 5. Auflage. Leipzig 1876 (cit. Thoel).

Ulrich, Depositon und Dereliktion behufs Befreiung des Schuldners. Inauguraldissertation. Zürich 1877 (cit. Ulrich).

Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Bd. I. Leipzig 1840 (cit. Unterholzner).

Wachsner, Voraussetzungen und Wirkungen des Annahmeverzuges. Nach gemeinem Rechte und dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Inauguraldissertation. Gleiwitz 1899 (cit. Wachsner).

v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts. Bd. II. 5. Auflage. München 1837 (cit. v. Wening-Ingenheim).

Wentrup, Der Gläubigerverzug im Bürgerlichen Gesetzbuch. Inauguraldissertation. Lingen 1899 (cit. Wentrup).

Wieland, Die Ermächtigung zum Leistungsempfang, im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 95. Tübingen und Leipzig 1904 (cit. Wieland im Arch. f. d. civ. Pr.).

Windscheid, Kritik von Mommsen, die Lehre von der mora, in der Kritischen Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft III. Heidelberg 1856 (cit. Windscheid in Krit. Zeitschr. III.).

Windscheid-Kipp, Pandekten. Bd. II. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906 (cit. Windscheid-Kipp).

Wolff, Zur Lehre von der mora. Göttingen 1841 (cit. Wolff).

Wolffenstein, mora accipiendi des gemeinen Rechts und Gläubigerverzug des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Inauguraldissertation. Guben 1902 (cit. Wolffenstein).

Einleitung.

Während die ältere romanistische Theorie des gemeinen Rechts die mora solvendi und die mora accipiendi als zwei ihrem inneren Wesen nach gleichartige und daher zusammengehörige Unterarten ein- und desselben Rechtsinstituts der „mora" auffaßte [1]), sind nach dem Standpunkte des Bürgerlichen Gesetzbuches Schuldnerverzug und Gläubigerverzug als zwei begrifflich wesentlich voneinander verschiedene, auf ganz verschiedenen Voraussetzungen beruhende Rechtsgestaltungen anzusehen [2]). Ein gewisser äußerer Parallelismus zwischen ihnen ist zwar nicht zu verkennen, insofern beide die regelrechte Erfüllung hindern; allein ihrem inneren Wesen, ihrer Stellung zum Schuldverhältnisse nach sind sie fundamental verschieden voneinander. Schon der Grundgedanke beider Institute ist ein durchaus verschiedener: Der Schuldner, der nicht erfüllt, verletzt seine Leistungspflicht; der Gläubiger, der nicht annimmt, übt ein Recht nicht aus. Diese begriffliche Verschiedenheit bringt das Gesetz schon äußerlich in der Einreihung unter verschiedene Titel des zweiten, das „Recht der Schuldverhältnisse" umfassenden Buches zum Ausdruck. Während es im ersten Teil dieses Buches „Die Verpflichtung zur Leistung" und hierunter den Verzug des Schuldners behandelt, regelt es den „Verzug des Gläubigers" in einem besonderen, dem zweiten Titel in den §§ 293—304. Von ihnen enthalten die §§ 293—299 die Voraussetzungen und die §§ 300—304 die Wirkungen des Gläubigerverzuges. Hierüber bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch an verschiedenen Stellen noch besondere

1) Vergl. v. Schey S. 14; Hirsch S. 168.
2) Mot. II. S. 69.

Rechtsfolgen des Annahmeverzuges, z. B. in den Fällen der §§ 264 Abs. 2, 274 Abs. 2, 322 Abs. 2, 324 Abs. 2, 424, 429, 615, 642, 644.

Im folgenden sollen das Wesen und die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges behandelt werden. Die gesetzlichen Bestimmungen hierüber gelten in gleicher Weise für Schuldverhältnisse jedweder Art — aber auch nur für Schuldverhältnisse [3]) —, mögen sie aus Vertrag, Gesetz, Delikt oder aus einem Haben sine causa herrühren [4]), mögen sie klagbar oder nicht klagbar sein. (Naturalobligationen) [5]).

---

3) Außerhalb des Gebietes der Schuldverhältnisse ist ein Verhalten, das als Verzug zu bezeichnen wäre, undenkbar. Mommsen S. 78; Habicht S. 207. A. M.: Unterholzner S. 107, der Verzug auch auf anderen Rechtsgebieten eintreten lassen will.

4) Munk S. 46.

5) Munk S. 22.

Ausführung.

A. Wesen und Voraussetzungen des Gläubigerverzuges im allgemeinen.

§ 1.

Tatbestand des Gläubigerverzuges.

Jedes Schuldverhältnis verfolgt den Endzweck, ein Bedürfnis des Gläubigers zu befriedigen. Normalerweise wird dieser Zweck erreicht durch „Erfüllung", d. h. Bewirkung der geschuldeten Leistung an den Gläubiger zum Zwecke der Tilgung seines Anspruchs [1]). Diese Leistung kann nun in manchen Fällen der Schuldner ganz einseitig, ohne jedes Zutun des Gläubigers durchführen, so bei Verpflichtungen, die auf ein Unterlassen gehen, bei zahlreichen Dienstleistungen rein tatsächlicher Natur, bei Leistungen des Beauftragten oder eines sonst zur Geschäftsführung Verpflichteten. Da in allen diesen Fällen eine Mitwirkung des Gläubigers bei Lösung des obligatorischen Bandes nicht erforderlich, vielleicht gar nicht möglich ist, so kann sie der Gläubiger auch nicht unterlassen. Von einem Verzuge des Gläubigers in der Annahme der Leistung kann daher hier nicht die Rede sein [2]).

Allein in den weitaus meisten Fällen wird es dem Schuldner nicht möglich sein, ohne eine mitwirkende Tätigkeit des Gläubigers den Leistungserfolg herbeizuführen. Bei der großen Mannigfaltig-

1) Vergl. § 362 Abs. 1 BGB.: „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird."

2) Planck Bem. 7 zu § 293.

keit obligatorischer Rechtsverhältnisse kann eine solche Mitwirkung mannigfachster Art sein. Der einfachste und sozusagen typische Fall ist der, bei welchem der Gläubiger den Leistungsgegenstand lediglich in Empfang zu nehmen hat. Er vollendet damit den Leistungsakt von seiner Seite. Nimmt er die angebotene Leistung nicht an, so kommt er in Verzug: Tatbestand des Annahmeverzuges im engeren Sinne[3]).

Allein die Mitwirkungstätigkeit des Gläubigers kann sich komplizierter gestalten. In Betracht kommen hierbei vornehmlich die mannigfach gearteten Fälle, in denen die Mitwirkung des Gläubigers eine nur vorbereitende sein kann, insofern sie der Tätigkeit des Schuldners vorhergehen muß. So, wenn der Gläubiger den Baugrund zum Bauen hergeben, den Stoff zur Arbeit liefern muß; so weiter, wenn er ein ihm vertragsmäßig zustehendes Wahlrecht auszuüben oder nähere Angaben über die Art und Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes zu machen hat, oder wenn er die Schuldsumme durch eine vorher aufzustellende Rechnung anzugeben hat. Solange es hier der Gläubiger an der erforderlichen Mitwirkung bei Lösung des Schuldverhältnisses fehlen läßt, kann die Leistung nicht vollendet werden; sie bleibt im Stadium des Versuchs stecken[4]): der Gläubiger kommt in Verzug.

Doch damit ist das weite Gebiet des Gläubigerverzuges noch nicht erschöpft. In der Regel ist die Mitwirkung des Gläubigers nötig, um den Leistungsakt des Schuldners überhaupt zur Vollendung zu bringen. Ohne sie kann der Schuldner nicht ordnungsmäßig erfüllen. Die Mitwirkung kann aber auch erforderlich sein, nur um diejenige rechtliche Situation herbeizuführen, unter der allein die Leistung vom Schuldner beansprucht werden kann[5]). Hier ist ohne diese Mitwirkung dem Schuldner die Erfüllung zwar an sich möglich, aber von ihm billigerweise oder gemäß dem Inhalte des Schuldverhältnisses nicht zu verlangen. So kann beispielsweise der Schuldner, der dem Erben seines verstorbenen Gläubigers eine

3) Hirsch S. 4.

4) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 17, S. 264.

5) Kohler a. a. O. S. 283 und Arch. f. bürg. Pr. Bd. 13, S. 189 ff. Hirsch S. 10 ff.; Munk S. 31 ff.

bestimmte Summe auszuzahlen hat, von demjenigen, der sich ihm gegenüber als Alleinerbe ausgibt, mit Fug und Recht verlangen, daß er sich durch Erbschein oder Testament als solcher ausweise. Würde sich der Schuldner doch andernfalls durch eine Leistung an den vermeintlichen Erben der Gefahr aussetzen, im Falle eines Irrtums seinerseits oder einer Täuschung durch den angeblichen Gläubiger die ganze Schuldsumme noch einmal an den wahren Erben zahlen zu müssen. Weigert sich daher der Gläubiger, den erforderten Ausweis beizubringen, so kommt er in Annahmeverzug, auch wenn er im übrigen durchaus willens ist, die Zahlung entgegenzunehmen. Nicht anders liegt der Fall, wenn der Vertreter des Gläubigers dem Schuldner den Nachweis seiner Vertretungsbefugnis zu erbringen hat. Vor allem aber gehört hierher die Gruppe von Fällen, in denen es sich um Leistungen „Zug um Zug" handelt. Man würde bei einem Barkaufe vom Schuldner mehr verlangen, als wozu er vertragsmäßig verpflichtet ist, wollte man ihm zumuten, daß er dem Gläubiger die Kaufsache übergebe, wenn dieser sich zwar zur Annahme, nicht aber zur sofortigen Bezahlung des Kaufpreises bereit findet. Man kann jemanden billigerweise nicht zwingen, seinem Darleiher das Darlehn zurückzuzahlen, wenn dieser ihm nicht die verlangte Quittung aushändigen oder den Schuldschein zurückgeben will. So würde der Dienstverpflichtete, der den Antritt des Dienstes verweigert, weil der Dienstberechtigte nicht die ihm nach § 618 Abs. 1 und 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Schutze gegen Gefahr für Leben und Gesundheit und mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten obliegenden Nebenverpflichtungen erfüllt, nicht in Leistungsverzug, sondern vielmehr der Dienstberechtigte in Annahmeverzug geraten; denn auch hier hätte der Gläubiger die Bedingungen zu setzen unterlassen, unter denen allein die Leistung vom Schuldner billigerweise verlangt werden kann[6]). Wo immer also in den im Leben so überaus zahlreichen und mannigfach gestalteten Fällen von Schuldverhältnissen der Gläubiger die zur ordnungsmäßigen Erfüllung erforderliche Mitwirkung nicht bietet, da gerät er in Verzug: Tatbestand

6) Munk S. 50.

des Annahmeverzuges im weiteren Sinne. Hieraus folgt, daß unter „Annahme“ im Sinne des Erfüllungsrechts jede zur Bewirkung der Leistung erforderliche Mitwirkung des Gläubigers zu verstehen ist [7]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch vermeidet indessen den im gemeinen Rechte allgemein üblich gewesenen Ausdruck „Annahmeverzug“ und spricht nur von einem „Verzuge des Gläubigers“, um jeden Irrtum auszuschließen, als handele es sich hierbei etwa um die Nichtannahme eines zur Übertragung angebotenen Gegenstandes. Freilich dürfte auch die Bezeichnung „Gläubigerverzug“ eigentlich noch zu eng sein; denn ein Annahmeverzug in dem eben erwähnten Sinne liegt nicht nur dann vor, wenn jemand einem andern gegenüber zur Leistung verpflichtet ist, sondern auch dann, wenn jemand zur Leistung berechtigt ist; so beim Kauf mit Vorbehalt des Wiederkaufs (§§ 497 ff. BGB.), so, wenn jemand befugt ist, durch Leistung eine Ablösung zu vollziehen, insbesondere im Falle der Ablösung einer Rentenschuld (§§ 1199, 1201 BGB.), so schließlich bei dem allerdings heute nur noch selten landesrechtlich vorkommenden Retraktrechte. — Ist dagegen der Schuldner weder zur Leistung berechtigt noch verpflichtet, wie es z. B. der Fall ist, wenn eine Verpflichtung zur Leistung erst mit einer Willenserklärung des Gläubigers eintritt, so ist ein Verzug des Gläubigers überhaupt ausgeschlossen. Denn hier befindet sich der Schuldner gar nicht in der rechtsgeschäftlichen Lage, daß er auf die Mitwirkung des Gläubigers rechnen kann; vielmehr ist „absichtlich ein Schwebeverhältnis geschaffen, das solange dauert, bis eine vertrags- oder gesetzmäßige Lösung eintritt“ [8]).

Man [9]) leugnet vielfach die Möglichkeit eines Gläubigerverzuges bei sogen. Fixgeschäften, d. h. bei Verträgen, wo es nach der Absicht der Vertragschließenden einen wesentlichen Bestandteil der Leistung bildet, daß sie genau zu einer festbestimmten Zeit oder

---

7) Kohler, Jahrb. S. 283, 358; Hirsch S. 17.

8) Kohler, Arch. S. 171 ff., 174.

9) Wolff S. 115 ff.; Mommsen S. 28 ff., 138; Brinz S. 312; Ulrich S. 2; v. Schey S. 76 ff.; Munk S. 22, 38; Wachsner S. 2.

innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll (BGB. § 361). Es wird das damit begründet, daß hier das Unterbleiben der Mitwirkung des Gläubigers die Erfüllung nicht „verzögert", sondern überhaupt vereitelt; ein Leistungsangebot sei hier unmöglich. Eine derartige Einschränkung des Anwendungsgebietes des Gläubigerverzuges ist nicht gerechtfertigt. Auch auf solche Schuldverhältnisse, bei denen eine „Verzögerung der Erfüllung" zugleich eine Unmöglichkeit der Erfüllung zur Folge hat, finden die Grundsätze über den Gläubigerverzug Anwendung [10]). Da aber durch den Verzug die Leistung unmöglich geworden ist, so können natürlich nur die Wirkungen Platz greifen, die eintreten, wenn nach dem Eintritte des Gläubigerverzuges die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat (BGB. § 324). Die Voraussetzungen aber, von denen ihr Eintritt abhängt, sind die regelmäßigen des Gläubigerverzuges. Insbesondere gelten die Regeln über das Angebot. Man denke nur an den Fall, daß der Schuldner den Leistungsgegenstand zu festbestimmter Zeit dem Gläubiger zu überbringen hat.

§ 2.

Rechtliches Wesen des Gläubigerverzuges.

Die Frage nach dem Charakter des Mitwirkungsaktes des Gläubigers war im gemeinen Rechte lebhaft bestritten. Die ganze ältere romanistische Theorie stellt, wie schon hervorgehoben, die mora debitoris und die mora creditoris in mehr oder minder scharf durchgeführter Parallelisierung als innerlich zusammengehörige Unterarten ein und desselben Gattungsbegriffes der „mora" hin, Unterarten, die sich nur danach unterscheiden, ob der Grund der Erfüllungsverzögerung auf der Seite des Schuldners oder des Gläubigers liegt. Auf Grund dieser Anschauung gelangt sie folgerichtig zu der Annahme einer allgemeinen obligationsmäßigen Verpflichtung des Gläubigers zur Mitwirkung bei Lösung des Schuldver-

10) Derselben Ansicht Rosenberg S. 143; Leist, im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 83, S. 193 ff.; Kohler, Arch. S. 159; Crome S. 191 Anm. 6, 192; Kornfeld S. 47.

hältnisses. Das Gewand, in das man diese Verpflichtung kleidet, ist verschieden. So konstruieren von Madai und Wolff [1]), die Hauptvertreter dieser Lehre, entsprechend der Leistungspflicht des Schuldners eine Annahmepflicht des Gläubigers und damit ein subjektives Recht des Schuldners auf die Annahme der Leistung. Man geht sogar noch weiter und stellt die Mitwirkungspflicht des Gläubigers als im Klagewege erzwingbar hin; so will z. B. Römer [2]) eine Klage auf Spezifikation gegen den Gläubiger zulassen. Andere [3]) wiederum meinen: der Gläubiger sei zwar nicht zur Annahme der Leistung, wohl aber zur Befreiung des Schuldners verpflichtet; der Schuldner habe ein Recht auf Liberierung, da er sich eine Prorogation des Schuldverhältnisses nicht gefallen zu lassen brauche. Die notwendige Folge dieser Anschauung vom Wesen des Gläubigerverzuges als einer Pflichtverletzung ist die Forderung des Verschuldens als Voraussetzung des Verzuges [4]).

Allen diesen Theorien gegenüber hat zuerst Mommsen in seinem Werke über die mora [5]) darauf hingewiesen, daß es eine Mitwirkungs*pflicht* des Gläubigers nicht gibt. Das Verdienst Kohlers in seiner Abhandlung über „Annahme und Annahmeverzug“ [6]) ist es jedoch, diesen Punkt mit voller Schärfe hervorgehoben zu haben.

Kohler argumentiert zutreffend folgendermaßen [7]): Indem der Gläubiger durch das Schuldverhältnis den Schuldner zu einer Leistung an ihn verpflichtet, erwirbt er ein *Recht* auf diese Leistung. Dieses Recht auszuüben kann man ihn ebensowenig verpflichten, als man ihn dazu anhalten kann, irgendein anderes Vermögensgut zu benützen, z. B. sein Geld verzinslich anzulegen, sein

1) v. Madai S. 14 a. E., 228; Wolff S. 11, 406.

2) Römer, Abhandlungen S. 139 ff.

3) Ulrich S. 2 ff.; Dernburg, Preuß. Priv.-R. S. 173 u. Pand. II. S. 119; Windscheid in Krit. Zeitschr. III. S. 269.

4) Über diese Hauptstreitfrage des gemeinen Rechts soll unten (§ 15) näher gesprochen werden.

5) Mommsen S. 134 ff.

6) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 17, S. 261 ff.

7) Zum Folgenden zu vergl. Kohler, Jahrb. S. 267 ff., 282 u. Arch. S. 164 ff.

eigenes Haus zu bewohnen. Denn der Anspruch auf die Leistung steht auf gleicher Stufe wie jedes andere Vermögensrecht des Gläubigers, Vermögensrecht im weitesten Sinne genommen. Es wäre widersinnig, wollte man den Beschenkten verpflichten, das Geschenk anzunehmen, den Mieter verpflichten, in die Mietwohnung einzuziehen, den Patienten verpflichten, die Operation an sich vornehmen zu lassen. Als Gläubiger ist er zu nichts verpflichtet, also auch nicht zur Annahme der Leistung oder zur sonstigen Mitwirkung. In allen Fällen ist es sein eigener Nachteil, wenn er als der Vermögensherr die ihm zu Gebote stehenden Vermögenskräfte nicht benutzt. Mag auch der Schuldner ein lebhaftes Interesse an der Leistung haben, mag sie ihm z. B. Aussichten auf Ruhm und Ansehen in seiner Laufbahn als Künstler oder in seiner Tätigkeit als Gewerbetreibender bieten, — es kann doch die Rechtsordnung solchen auf inneren Motiven beruhenden und sich häufig über die konkrete Verbindlichkeit hinaus erstreckenden Interessen nicht derart verbindliche Kraft beilegen, daß sie den Gläubiger zur Annahme der Leistung verpflichten könnten, zumal ja auch das Interesse des Gläubigers häufig gegensätzlicher Natur sein kann. Aber auch eine Verbindlichkeit des Gläubigers zur Befreiung des Schuldners von der Verpflichtung liegt dem Rechtsleben fern. Sie ist dort überflüssig, wo das Gesetz bereits ohne Zutun des Gläubigers dem Schuldner Mittel und Wege zur Erleichterung seiner Schuldnerstellung [8]) und in den sogen. Erfüllungssurrogaten [9]) Rechtsbehelfe gewährt, die zwar nicht geeignet sind, ihn gänzlich von seiner Schuldverbindlichkeit zu befreien, die aber

8) a) Ermäßigung der Haftung des Schuldners auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, Wegfall der Haftung für Zufall (§ 300 Abs. 1 BGB.; vergl. § 848: semper moram fur facere videtur); b) Übergang der Gefahr auf den Gläubiger (§ 300 Abs. 2; vergl. § 324 Abs. 2); c) Aufhören des Zinsenlaufs (§ 301); d) Herausgabepflicht nur bezüglich der tatsächlich gezogenen Nutzungen (§ 302); e) Anspruch des Schuldners auf Ersatz der Mehraufwendungen (§ 304).

9) a) Besitzaufgaberecht bezügl. eines Grundstücks (§ 303); b) Hinterlegungsrecht bezüglich Geld, Wertpapieren usw. (§§ 372—382 BGB. und Art. 146 Einf.-Ges. dazu); c) Selbsthilfeverkaufsrecht bezüglich zur Hinterlegung nicht geeigneter beweglicher Sachen (§§ 383—386).

doch einer Befreiung sehr nahe kommen [10]). Die Unhaltbarkeit der Ansicht von der Liberierungspflicht des Gläubigers ergibt auch folgende Erwägung: Der Gläubiger kann nur in zweifacher Weise zur Befreiung des Schuldners beitragen: durch Annahme oder Erlaß der Schuld; alle anderen Befreiungsgründe führen auf das Gesetz zurück. Ein solcher alternativer Anspruch des Schuldners auf Annahme oder Erlaß der geschuldeten Leistung ist jedoch unserem Rechtsbewußtsein gänzlich unbekannt und ohne jeden Quellenanhalt [11]). Hinzu kommt: Zwischen dem Gebrauche und dem Aufgeben eines Rechtes liegt doch ein Drittes: der einfache Nichtgebrauch des Rechts; eine Möglichkeit, die man dem Gläubiger nicht bestreiten kann [12]).

Nach alledem bezeichnet Kohler mit Recht die Ansicht von der Mitwirkungspflicht des Gläubigers als „einen der fundamentalsten Irrtümer in der Lehre des Obligationsrechts“ [13]). So steht denn auch die gesamte gemeinrechtliche Lehre der neueren Zeit in Theorie [14]) wie Praxis [15]) auf dem Standpunkte, daß die Mitwirkung zur Erfüllung nur ein *Recht*, keine Pflicht des Gläubigers sei. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch spricht dies deutlich aus. Der § 241 Abs. 1 lautet: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger *berechtigt*, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern.“ Der Gläubiger ist also als solcher lediglich berechtigt, der Schuldner lediglich verpflichtet.

---

10) Daher ist auch die Theorie Hirschs (S. 177, 181—186) abzulehnen, die dem Schuldner gegenüber dem Gläubiger ein subjektives Recht einräumt, „sofern der Gläubiger nicht annimmt, innerhalb der vom positiven Recht gezogenen Schranken Selbstbefreiung wirkende Akte zu setzen“ und demgemäß eine *Pflicht* des Gläubigers statuiert, daß er „den in dem Gebrauche der Selbstbefreiungsbefugnisse liegenden Eingriff in seine Rechtssphäre dulde“.

11) Kohler, Jahrb. S. 271.

12) v. Schey S. 94. — Windscheid hat denn auch später seine Ansicht als nicht haltbar aufgegeben. Vergl. Windscheid-Kipp S. 447 Anm. 10.

13) Kohler, Jahrb. S. 267.

14) Außer Mommsen und Kohler z. B. Dernburg, Pand. II. S. 119; v. Schey S. 27; Hirsch S. 180 u. a.

15) RG. Bd. 14 Nr. 59 S. 243 ff., 247.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatze macht das Gesetz jedoch in den §§ 433 und 640 für den Kauf [16]) und den Werkvertrag, indem es hier aus praktischen Gründen eine direkte und klagbare Abnahmepflicht des Käufers und des Bestellers statuiert. Die Bedeutung dieser Abnahmepflicht besteht darin, daß insoweit der Gläubiger dem anderen Vertragsteile nicht mehr als Gläubiger, sondern als Schuldner und der Schuldner ihm insoweit als Gläubiger gegenübertritt. Nimmt der Gläubiger daher nicht ab, so gerät er in Leistungsverzug, dessen Voraussetzungen vorliegen müssen [17]) und dessen Wirkungen eintreten [18]) [19]). Es ist jedoch zu betonen, daß es sich in diesen Fällen um Ausnahmebestimmungen von der allgemeinen Regel handelt, daß der Gläubiger als solcher nur berechtigt ist. Darum ist es nicht angängig, sie zu verallgemeinern und auf alle oder überhaupt auch nur auf andere Schuldverhältnisse

16) Entsprechend auch für alle sonstigen auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gerichteten entgeltlichen Verträge (§ 445) und für den Tausch (§ 515).

17) Mahnung und Verschulden (§§ 284, 285). Unterbleibt die Abnahme infolge eines vom Gläubiger nicht zu vertretenden Umstandes, so liegt lediglich Gläubigerverzug vor, da hierzu, wie später auszuführen sein wird, ein Verschulden des Gläubigers nicht erforderlich ist.

18) Dernburg, bürg. R. S. 190 ff.; Hohenstein in Gruch. Beitr. 48. Jahrg. S. 711 ff.; Fleck im Arch. f. bürg. R. Bd. 12, S. 254; Laband im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 74, S. 304 ff.; Hirsch S. 289 ff., 265; Rosenberg S. 245 ff.; Planck, Anm. 7 b zu § 433 u. Anm. 2 zu § 640; Staudinger, Bem. 3 zu § 293, Bem. IX, 2 zu § 433, Bem. II, III, V, 2 zu § 640; Oertmann, Bem. 3 b zu § 433, Bem. 1 zu § 640 u. a.; vergl. auch RG. Bd. 53, S. 162; Bd. 56, S. 177 ff.; Bd. 57, S. 109; JW. 04, S. 58 Nr. 12, S. 171 Nr. 12, S. 286 ff. Nr. 5. — Anderer Meinung Kohler, Arch. S. 174 ff., 240 ff., der in der Klage auf Abnahme nur eine Feststellungsklage erblickt, dahingehend, daß das Gericht zu erklären hat, der Schuldner sei befreit, falls er mit der Sache in bestimmter Weise verfährt oder verfahren ist (a. a. O. S. 141). Ebenso Romeick (S. 56 ff., 110 Nr. 6), der im Abnahmeverzuge nur eine Form des Annahmeverzuges erblickt.

19) Zu beachten ist hierbei, daß nach der in Theorie und Praxis herrschenden Meinung unter „Abnahme" beim Kauf nur die reine körperliche Hinwegnahme, beim Werkvertrage dagegen die Annahme als Erfüllung zu verstehen ist. Vergl. außer den in Note 18 zit. Schriftstellern und Entscheidungen noch Lehmann in DJZ. 02, S. 491 ff. und Dochnahl in Iherings Jahrb. Bd. 48, S. 299.

auszudehnen, wie es Rehbein[20]) tut. Er will die Bestimmungen der §§ 433 und 640 auch auf den Pfandschuldner, den Vermieter, den Verleiher, den Kommittenten erstreckt wissen, da sie alle den Schuldgegenstand dem anderen Teile nicht auf dem Halse lassen dürften. Selbst beim Dienstvertrage bestehe zwar kein klagbarer Anspruch auf Annahme der Dienste, aber die Nichtannahme verletze doch nach Treu und Glauben das Recht des Dienstverpflichteten so, daß er den Vertrag aufheben könne. In demselben Sinne sei auch der Mieter zur Ingebrauchnahme der Mietsache verpflichtet. Und so kommt Rehbein schließlich ganz allgemein zu dem Schlusse, daß der Schuldner stets ein Recht auf Lösung des Schuldverhältnisses habe. Diese Ansicht ist jedenfalls unzutreffend, sofern man mit diesem „Recht auf Lösung des Schuldverhältnisses" ein subjektives Recht, einen Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger, daß er ihm bei Lösung der Obligation behilflich sei, bezeichnet und nicht vielmehr darin richtigerweise nur ein Postulat des Schuldners an die Rechtsordnung erblickt, daß sie ihm Mittel an die Hand gebe, die geeignet sind, die für ihn aus einer Perpetuation des Schuldverhältnisses entstehenden Nachteile aufzuheben oder wenigstens erheblich zu vermindern[21]). Ein subjektives Recht des Schuldners gegen den Gläubiger und damit eine — wenn auch vielleicht nicht gerade durch Klage erzwingbare — Pflicht des Gläubigers zur Mitwirkung bei Lösung des Schuldverhältnisses besteht durchaus nicht und in keiner Form. Keinesfalls aber ist eine solche Pflicht des Gläubigers — wozu man auf dem Boden der Anschauung Rehbeins konsequenterweise schließlich gelangen müßte — in dem Sinne anzuerkennen, daß eine schuld-

---

20) Rehbein S. 135—136. — Auch Dernburg, bürg. R. S. 191 will eine — sogar klagbare — Abnahmepflicht mit allen Folgen des Leistungsverzuges anerkennen für den Auftraggeber und den Dienstherrn, wenn der Beauftragte oder Angestellte etwas für ihn erworben hat, ferner für den Vermieter, Verleiher, Hinterleger und Verpfänder, wenn ihnen der andere Teil die gemietete, geliehene, verwahrte oder verpfändete Sache zurückgeben will.

21) Kohler (Jahrb. S. 272 u. Arch. S. 184) geht zu weit, wenn er meint, daß der Schuldner ein Anrecht an das Gesetz habe, ihm in irgend einer Weise Befreiung zuteil werden zu lassen.

hafte Verletzung eine Ersatzpflicht nach sich zöge. Denn eine solche Ersatzpflicht wäre unvereinbar mit der viel weniger weitgehenden Bestimmung des § 304, wonach der Schuldner im Falle des Verzuges des Gläubigers lediglich Ersatz der Mehraufwendungen, also keinen Schadensersatz verlangen kann. Es soll nicht bestritten werden, daß sich im einzelnen Falle aus dem unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu ermittelnden Vertragswillen der Beteiligten eine Verpflichtung des Gläubigers zur Beteiligung am Leistungsvollzuge ableiten lassen kann — und insoweit ist eben der Gläubiger nicht mehr als Gläubiger, sondern als Schuldner beteiligt —, allein ganz allgemein, ohne Rücksicht auf den Sonderfall aus angeblichen Billigkeitsrücksichten gegen den Schuldner eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers anerkennen, hieße sich über das Gesetz hinwegsetzen. In der Regel dürften auch schon die Rechtsfolgen des Gläubigerverzuges allen berechtigten Interessen des Schuldners genügen [22]).

Gleichwohl, so meint man weiter, bestehe für den Gläubiger eine, wenn auch nicht direkte, insbesondere nicht durch Klage erzwingbare, so doch wenigstens indirekte Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Leistung des Schuldners. Der Hauptvertreter dieser Theorie ist von Buchka. Nach ihm [23]) ist die Annahmetätigkeit des Gläubigers rechtlich als „indirekte Verpflichtung zur Leistung" zu charakterisieren. Das Wesen dieser von ihm an mehrfachen Beispielen erläuterten Rechtsform soll darin bestehen, daß „es dem indirekt Verpflichteten an sich freistehe, die Erfüllung zu verweigern; die Folge hiervon sei jedoch die Entstehung einer neuen Verpflichtung oder der Verlust eines bisher dem Verpflichteten zustehenden Rechts oder eines ihm in Aussicht gestellten Vorteiles". Für den Gläubigerverzug führt nun v. Buchka in dieser Hinsicht folgendes aus: An sich sei es lediglich ein Recht und keine Pflicht des Gläubigers, die geschuldete Sache entgegenzunehmen. Das Gesetz müsse aber berücksichtigen, daß durch eine

---

22) Ebenso Oertmann, Vorbem. zu § 293.

23) v. Buchka S. 2 ff., 46 ff.; ihm hat sich z. B. auch Staudinger (Bem. 3 zu § 293) angeschlossen.

Verzögerung der Annahme eines geschuldeten und dem Gläubiger gehörig angebotenen Gegenstandes die Interessen des Schuldners insofern sehr wesentlich berührt würden, als eine Verpflichtung durch das Fortbestehen der Schuldverbindlichkeit unbillig gesteigert würde, obwohl er das Seinige zur Lösung des Schuldverhältnisses getan hat. Würde andererseits durch die Nichtannahme der Leistung seitens des Gläubigers der Schuldner einfach befreit, so enthielte dies eine Ungerechtigkeit gegen den Gläubiger. Aufgabe der Rechtsordnung sei es deshalb, zwischen diesen kollidierenden Interessen zu vermitteln. Der Ausweg, den das Gesetz hier gefunden habe, seien die Normierungen über den Verzug des Gläubigers in den §§ 293—304 des BGB.s, wodurch eine indirekte Verpflichtung des Gläubigers herbeigeführt werde. Aus diesen Bestimmungen gehe nämlich hervor, daß nach Voraussetzungen und Wirkungen des Annahmeverzuges eine Pflicht des Gläubigers zur Annahme der Leistung allerdings nicht vorliegt, daß den Gläubiger, der von seinem Rechte zur Annahme keinen Gebrauch macht, vielmehr nur die Nachteile treffen, die daraus entstehen, daß das Gesetz eine durch die Nichtannahme für den Schuldner bewirkte Steigerung seiner Verbindlichkeit ablehnt. Diese Nachteile bestünden teils darin, daß er ihm bisher gegen den Schuldner zustehende Rechte verliert (Aufhören des Zinsenlaufs, Minderung seines Anspruchs auf Nutzungen, Beschränkung der Haftung des Schuldners für Verschulden und Erlöschen seiner Haftung für Zufall, Besitzaufgabe-, Hinterlegungs- und Selbsthilfeverkaufsrecht des Schuldners), teils darin, daß für ihn eine Verbindlichkeit gegenüber dem Schuldner entsteht (Anspruch des Schuldners auf Ersatz der Mehraufwendungen). Dadurch, daß den Gläubiger aber für den Fall der Nichtannahme diese Nachteile träfen, werde indirekt ein Zwang zur Annahme der ihm gehörig angebotenen Leistung auf ihn ausgeübt. Da nun die Entgegennahme einer Leistung an sich sehr wohl geeignet sei, Gegenstand einer rechtlichen, sogar klagbaren Verpflichtung zu sein, so ergebe sich aus alledem eine indirekte Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme und stellten sich die Verzugsfolgen als die aus der Nichterfüllung der indirekten Verpflichtung entspringenden Konsequenzen dar. Für die Entstehung der indirekten

Annahmeverpflichtung des Gläubigers sei das ordnungsmäßige Angebot der Leistung durch den Schuldner Rechtsbedingung und ziehe die Nichterfüllung der indirekten Annahmepflicht die Rechtsfolgen des Gläubigerverzuges nach sich. Für diese Rechtsfolgen sei die Nichterfüllung der Annahmepflicht Rechtsbedingung und zwar, da ein Verschulden des Gläubigers nicht erforderlich sei, die bloße Nichterfüllung.

Auch diese Auffassung von dem Rechtscharakter der Annahme als einer indirekten Leistungspflicht des Gläubigers ist unseres Erachtens nicht zu billigen. Gewiß wird der Gläubiger, der die ihm gehörig angebotene Leistung nicht annimmt, dadurch, daß ihn mit den vom Gesetze normierten Verzugsfolgen zugleich die oben bezeichneten Nachteile treffen, indirekt zur Annahme genötigt. Allein, daß das Gesetz durch die Festsetzung der für ihn notwendigerweise diese Nachteile nach sich ziehenden Rechtsfolgen des Annahmeverzuges auf den Gläubiger zugunsten des Schuldners einen Zwang ausüben und ihm damit eine Annahme*pflicht* als indirekte Leistungsverbindlichkeit auferlegen wolle, dafür fehlt es unserer Meinung nach an jedem Anhalte. Wenn v. Buchka zur Rechtfertigung seiner Ansicht insbesondere anführt [24]), der Gedanke einer Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme liege gar nicht so fern, da einmal in manchen Fällen das Gesetz überhaupt schon eine direkte Annahmepflicht ausspreche und zum andern die Abnahme des Leistungsgegenstandes dem Vertragswillen der Beteiligten entspreche, da andernfalls der Schuldner nicht so befreit werde, wie er bei Eingehung des Vertrages erwarten durfte, so dürfte dies Argument nicht stichhaltig sein; ja, es läßt sich eher gegen als für diese Lehre verwenden. Zunächst kann die Behauptung v. Buchkas, daß die Abnahme dem Vertragswillen der Parteien entspräche, in dieser Allgemeinheit nicht als richtig zugegeben werden. Wo aber Gesetz oder Vertrag eine Ab- oder Annahmepflicht aufstellen, da handelt es sich, wie bereits hervorgehoben wurde, um *Ausnahme*fälle, in denen dem Gläubiger aus besonderen Gründen eine direkte und klagbare Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Leistung auferlegt

24) v. Buchka S. 4 ff.

wird. Insoweit er aber danach verpflichtet ist, ist er nicht als Gläubiger, sondern als Schuldner beteiligt und finden deshalb auch die Vorschriften über den Leistungsverzug auf ihn Anwendung. Aus der im § 241 einerseits und in den §§ 433 und 640 andererseits zum Ausdrucke gebrachten schroffen Gegenüberstellung von Regel und Ausnahme läßt sich daher weit eher folgern, daß das Gesetz den Gedanken einer Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme grundsätzlich von der Hand weist.

Jedoch abgesehen hiervon ist es unseres Erachtens überhaupt nicht zutreffend, wenn man von „Pflicht" und „Verpflichtung" nicht nur da spricht, wo die Erfüllung erzwungen werden kann, sondern auch schon dort, wo die Nichterfüllung mit Nachteilen verbunden ist[25]), und wenn man in diesem Sinne eine Annahmepflicht des Gläubigers konstruieren und sich den Eintritt der Verzugsfolgen als die Rechtswirkungen der Verletzung dieser Pflicht vorstellen will[26]). Denn „Pflichten" im Rechtssinne und im Sprachgebrauche des Gesetzes sind stets — um mit v. Buchka zu reden — direkte Pflichten, wenngleich ihnen auch die Eigenschaft fehlen kann, durch Klage erzwungen zu werden. Deshalb schon erscheint uns die Konstruktion des Mitwirkungsaktes des Gläubigers als einer „indirekten Verpflichtung zur Leistung" oder einer „Gläubigerverpflichtung", wie sie Romeick[27]) nennt, der ebenfalls auf dem Boden der

25) So spricht man auch auf dem Gebiete des Zivilprozesses fälschlicherweise von einer Einlassungs-, Behauptungs-, Erklärungs-, Beweis-, Eidespflicht, weil die Nichterfüllung dieser „Pflichten" in der Regel den Verlust des Rechtsstreits zur Folge habe. So z. B. Stölzel, Schulung I, S. 45 ff.

26) Der oben vertretenen Ansicht auch Laband, Arch. a. a. O. S. 305 und Rosenberg S. 252.

27) Romeick S. 59. — Unrichtig ist es nach den früheren Ausführungen, wenn Romeick in der „Abnahme" beim Kaufe nur „eine die Annahme betätigende Ausführungshandlung, eine Handlung, durch welche der Käufer seine Gläubigerverpflichtung — die Annahme — erfüllt," erblickt. Hätte die Bestimmung des § 433 Abs. 2 wirklich nur den von Romeick behaupteten Sinn — und nicht vielmehr den der Statuierung einer besonderen klagbaren Verpflichtung zur Abnahme, d. h. zur körperlichen Hinwegnahme —, so wäre sie ganz überflüssig; denn diese angebliche Pflicht zur Annahme hat nicht nur der Käufer, sondern jeder Gläubiger.

Anschauungen v. Buchkas steht, verfehlt, abgesehen davon, daß der Ausdruck „Gläubigerverpflichtung“ zu der irrigen Auffassung verleiten könnte, als handele es sich dabei um eine, wenn auch geminderte, insbesondere nicht durch Klage erzwingbare Rechtspflicht des Gläubigers, wie etwa bei den sogen. Naturalobligationen. Daß die letzteren aber nicht unter der „indirekten Leistungspflicht“ des Gläubigers mit verstanden sein sollen, betont v. Buchka ausdrücklich.

Endlich erscheint uns die Aufstellung einer besonderen Rechtsform der indirekten Verpflichtung des Gläubigers zur Mitwirkung bei der Leistung überflüssig, da das Gesetz schon ganz ohne Zutun des Gläubigers eine durch das Unterbleiben der erforderlichen Mitwirkung für den Schuldner bewirkte Steigerung seiner Verbindlichkeit über den Rahmen der konkreten Verpflichtung hinaus verhindert. Eine solche „Pflicht“ würde daher nur „ein unnötiges Glied im Organismus der Rechtsverwirklichung“ [28]) darstellen.

Nach alledem muß es dabei bleiben: Die Annahme ist nur ein Recht, keine Pflicht des Gläubigers. Er kann zur Vornahme der von seiner Seite zur Erfüllung erforderlichen Mitwirkung in keiner Weise gezwungen werden, auch nicht indirekt, wie das bei der mehr oder minder gekünstelten Aufstellung einer Annahmepflicht der Fall sein würde.

Bei dieser Auffassung vom Wesen des Gläubigerverzuges ist es nur folgerichtig, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch, wie aus § 293 hervorgeht, von einem Verschulden, überhaupt von jedem subjektiven Momente auf der Gläubigerseite als Erfordernis des Verzuges absieht, im Gegensatz zum Schuldnerverzuge, zu dem es ein solches in § 285 verlangt [29]). Denn Verschulden ist Verletzen einer Rechtspflicht [30]). Wenn keine Pflichten bestehen, kann man sie auch nicht verletzen; nur im Bereiche der Verpflichtung kommt es darauf an, ob das Nichthandeln auf Verschulden oder auf Zufall beruht [31]).

---

28) Kohler, Arch. S. 163.

29) Anderer Meinung Römer in DJZ. 07 S. 873.

30) Anderer Meinung Rosenberg S. 204.

31) Kohler, Jahrb. S. 409; Hirsch S. 176, 252; v. Schey S. 100; Oertmann, Note 3 zu § 293; Schollmeyer, Erl. zu § 293; Charmat S. 55; Wachsner S. 20 u. a.

§ 3.

Voraussetzungen des Gläubigerverzuges im allgemeinen.

I. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich als Erfordernis des Gläubigerverzuges auf der Gläubigerseite das Unterlassen der zur Mitwirkung der Leistung erforderlichen Mitwirkung, die Nichtannahme der Leistung — im weitesten Sinne genommen —, und zwar, da das Gesetz von jedem subjektiven Momente absieht, die bloße Nichtannahme. So bestimmt der für das Wesen und die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges maßgebende § 293: „Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt". Daß das Gesetz hier unter Annahme jede Mitwirkung des Gläubigers zur Bewirkung der Leistung versteht, geht aus § 295 hervor.

II. Es fragt sich nun andererseits: Wie muß das Verhalten des Schuldners beschaffen sein, um den Gläubiger in Verzug zu setzen? Bei der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle ist von dem allgemeinen Grundsatze auszugehen, daß ein Verzug des Gläubigers nur dann eintreten kann, wenn der Schuldner alles gemäß dem konkreten Schuldverhältnisse zur Bewirkung der Leistung von seiner Seite Erforderliche getan hat, so weit es ihm ohne Zutun des Gläubigers möglich ist. In diesem Sinne ist die Leistungsbereitschaft des Schuldners die erste und wichtigste Voraussetzung des Gläubigerverzuges[1]); denn nur dann läßt sich sagen, daß die Nichterfüllung einzig und allein am Gläubiger liegt: per creditorem stat, quominus solvatur[2]).

Schon die römischen Quellen[3]) bezeichnen das paratum esse solvere oder tradere als wesentliches Erfordernis der mora creditoris

---

1) Dernburg, bürg. R. S. 193; Rosenberg S. 162.

2) l. 9 § 1 Dig. 46, 3; ll. 16 § 2, 18 Dig. 13, 5; l. 36 Dig. 19, 2; l. 5 Dig. 18, 6.

3) l. 3 § 4 Dig. 19, 1; l. 39 Dig. 46, 3; l. 122 pr. Dig. 45, 1; nov. 91 c. 2 u. a.

und im Anschlusse an sie haben Wissenschaft[4]) wie Praxis[5]) des gemeinen Rechts die Leistungsbereitschaft des Schuldners übereinstimmend als Voraussetzung des Annahmeverzuges anerkannt.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch hält an der Leistungsbereitschaft sachlich fest, wenn es sie auch nicht, wie es der erste Entwurf (§ 255) wollte und z. B. das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch in § 748 tut, als positives Erfordernis des Gläubigerverzuges aufstellt. Denn in § 294 dürfte ein Angebot der Leistung „so wie sie zu bewirken ist" ohne die tatsächliche Leistungsbereitschaft des Schuldners, ohne sein „reelles Leistungsvermögen gemäß dem Inhalte seiner konkreten Verbindlichkeit"[6]) kaum denkbar sein. Zudem bestimmt das Gesetz in § 297 ausdrücklich, daß der Gläubiger nicht in Verzug kommt, „wenn der Schuldner .... außer Stande ist, unvermögen des Schuldners begründet.

Die Leistungsbereitschaft des Schuldners muß eine tatsächliche, nicht bloß eine wörtliche sein, d. h. der Schuldner darf nicht bloß erklären, daß er zur Leistung bereit sei, sondern er muß auch zu ihr tatsächlich bereit sein[7]). Diese tatsächliche Leistungsbereitschaft setzt vor allem voraus, daß der Schuldner zur gegebenen Zeit auch wirklich im Stande ist, die von ihm übernommene Verpflichtung zu erfüllen. Trifft dies nicht zu, so bewirkt das Unterbleiben der Mitwirkung seitens des Gläubigers keinen Annahmeverzug, da dieses Unterlassen der Mitwirkung durch den Gläubiger gar nicht erst nötig war, um die Tilgung der Obligation nicht zu Stande kommen zu lassen, denn die Unmöglichkeit der Lösung des obligatorischen Verhältnisses war bereits vorher in dem Leistungsunvermögen des Schuldners begründet.

---

4) v. Madai S. 235; Wolff S. 413; Mommsen S. 140; Unterholzner S. 128; Windscheid, Krit. Zeitschr. S. 270; Windscheid-Kipp, II. § 345 Z. 1; Kohler, Jahrb. S. 400 ff.; v. Schey S. 108 ff.; Hirsch S. 201.

5) Entsch. des OAG. in München v. 6. 4. 1864 in Seuff. Arch. Bd. 19 Nr. 134 S. 673; ROHG. v. 22. 11. 1871, daselbst Bd. 30 Nr. 236 S. 340; RG. v. 24. 11. 1895, daselbst Bd. 41 Nr. 209 S. 322; RG. Bd. 1 S. 357, Bd. 5 Nr. 14 S. 58.

6) Mot. II. S. 70.

7) Unterholzner a. a. O.; Windscheid-Kipp a. a. O.

Was nun im einzelnen Falle der Schuldner tun muß, um als leistungsbereit gelten zu können, richtet sich danach, in welchem Maße der Schuldner zum Zwecke der Bewirkung der Leistung ohne die Mitwirkung des Gläubigers tätig werden kann. Hat der Gläubiger die fertige Leistung lediglich zu empfangen, so muß der Schuldner seinerseits alles getan haben, was erforderlich ist, damit der Gläubiger die Leistung in Empfang nehmen kann. Hierbei macht sich noch der wichtige Gegensatz bemerkbar, daß der Schuldner sich möglicherweise mit der Leistung beim Gläubiger einzufinden hat, möglicherweise die Abnahme der Leistung durch den Gläubiger erwarten darf. In allen den Fällen aber, in denen der Schuldner ohne die mitwirkende Tätigkeit des Gläubigers die Leistung nicht beginnen oder nicht beendigen kann, muß es zur Leistungsbereitschaft des Schuldners genügen, wenn er alles zur Bewirkung der Leistung Erforderliche insoweit vorgenommen hat, als es ihm ohne Mitwirkung des Gläubigers möglich war, und wenn er weiter bereit und imstande ist, die Leistung nach erfolgter Mitwirkung des Gläubigers vertragsgemäß zu bewirken [8]). Viel zu eng wurde daher der Begriff der Leistungsbereitschaft im gemeinen Rechte von der überwiegenden Anzahl der Schriftsteller wie auch von der Praxis aufgefaßt, wenn sie die Leistungsbereitschaft definierten als „die Bereitschaft des Schuldners zur sofortigen Erfüllung“ [9]), wenn sie meinten, daß der Schuldner nur dann als leistungsbereit angesehen werden könne, wenn er alles getan habe, was er tun mußte, um den Gegenstand seiner Leistung vertragsgemäß übergeben zu können [10]). Es ist klar, daß diese Begriffsbestimmung der Leistungsbereitschaft auf alle die Fälle nicht paßt, wo der Gläubiger über die bloße Annahmetätigkeit hinaus zur Erfüllung mitwirken muß. Für diese Fälle sah man sich daher genötigt, Ausnahmen von der Leistungsbereitschaft aufzustellen, wobei aller-

---

8) Rosenberg S. 184.

9) Z. B.: Wolff S. 413; v. Madai S. 235; Koch S. 353; Sintenis S. 214; Mommsen S. 141.

10) Leist im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 83, S. 169 a. E., 193.

dings die einzelnen Schriftsteller wieder in ihren Ansichten erheblich voneinander abweichen [11]).

Es ergibt sich also als Resultat, daß das Maß der Tätigkeit, das der Schuldner aufzuwenden hat, um als erfüllungsbereit gelten zu können, je nach der Handlung des Gläubigers, die erforderlich ist, damit es zur endgültigen Erfüllung kommt, ein verschiedenes, der Umfang seiner Leistungsbereitschaft also je nach dem Inhalte des konkreten Schuldverhältnisses verschieden sein muß.

III. Allein die bloße Leistungsbereitschaft kann nicht genügen. Stellte man sie als einziges Erfordernis des Gläubigerverzuges auf der Schuldnerseite auf, so käme man zu dem unbilligen Resultate, daß der Gläubiger in Verzug geraten würde, wenn er nicht sogleich bei Fälligkeit zum Leistungsempfange bereit wäre oder sich zur Abholung beim Schuldner einfände — das kann dem Schuldner oft sogar recht erwünscht sein! —, oder wenn er in allen den Fällen, in denen der Schuldner schon vor der Fälligkeit zu leisten berechtigt ist (vergl. § 271 BGB.), sich nicht jeden Augenblick passender Zeit zur Empfangnahme der Leistung bereit hielte oder schließlich, wenn er vielleicht ganz ohne Verschulden von der Leistungsbereitschaft des Schuldners noch gar keine Kenntnis hat; z. B. er befindet sich auf einer Reise. Es ist daher im Interesse des Gläubigers wie des Schuldners wichtig, einen Zeitpunkt zu bestimmen, von dem an man die in die Rechtssphäre des Gläubigers so tief einschneidenden Verzugswirkungen eintreten läßt. Wohl aus dieser Erwägung heraus stellte schon das römische Recht [12]) und im Anschlusse daran das gemeine Recht [13]) eine „Oblation" der Leistung, d. h. die Erklärung

---

11) Vergl. statt aller Leist S. 169 ff., 193; Rosenberg S. 183 ff., 187 ff.

12) Z. B. l. 30 Dig. 46, 3; l. 72 pr. Dig. eod., l. 102 Dig. eod., c. 11 C. 4, 32, die ohne Zweifel ein offerre des Schuldners als Voraussetzung der mora creditoris bezeichnen.

13) So die weitaus überwiegende Meinung. Vergl. z. B. v. Madai S. 230; Koch S. 353; Unterholzner S. 129; Fritz S. 349; v. Wening-Ingenheim S. 151; Mommsen S. 140; Sintenis S. 214 ff.; Brinz S. 311; Dernburg, Pand. S. 120; Windscheid-Kipp § 345 Z. 1; Hirsch S. 204 ff.; Munk S. 7 ff. Anderer Meinung nur Kohler, Jahrb. S. 400 ff. — vergl. dagegen Arch. S. 199 — und v. Schey S. 108 ff., die ein über die Erfüllungs-

des Schuldners, daß er imstande und willens sei, die Leistung vertragsmäßig zu bewirken, und den Gläubiger zur Empfangnahme bzw. zur Mitwirkung bei der Leistung auffordere[14]), als wesentliche Voraussetzung des Gläubigerverzuges auf. Auf diesem Standpunkte stehen denn auch sämtliche neueren Gesetze und Gesetzentwürfe, so der hessische Entwurf von 1853 Art. 246, das Züricher privatrechtliche Gesetzbuch von 1855 § 960, der bayerische Entwurf von 1861 Art. 128, das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863 § 746, der sog. Dresdner Entwurf von 1865 Art. 321 und das schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht von 1881 Art. 106. Ihnen allen folgt das Bürgerliche Gesetzbuch, indem es in § 293 (s. oben I.) grundsätzlich an dem Erfordernisse des Angebots als Voraussetzung des Gläubigerverzuges festhält.

B. Voraussetzungen auf seiten des Schuldners.

I. Das Angebot.

1. Unterscheidung der beiden Angebotsarten im gemeinen Rechte und im Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 4.

Real- und Verbaloblation im gemeinen Recht.

Von jeher unterschied das gemeine Recht im Anschlusse an das römische Recht[1]) zwei Arten der Oblation: die Realoblation und

---

bereitschaft hinausgehendes Erfordernis der „Oblation" als quellenwidrig verwerfen. v. Schey widerspricht sich indessen selbst, wenn er an anderer Stelle (S. 114 ff.) das Angebot wieder verlangt. Denn da er davon ausgeht, daß ein Gläubigerverzug nur dann eintreten kann, wenn den Gläubiger bei der Nichtannahme ein Verschulden trifft, so erscheint ihm „die Aufforderung des Gläubigers zur Annahme der Leistung bzw. zur Vorbereitung derselben als der Regel nach notwendige Voraussetzung der Zurechnung" und damit des Verzuges selbst. — Ebenso Rosenberg S. 147.

14) Doch wäre es irrig, die Oblation als Analogon der Interpellation aufzufassen, wie es z. B. Wolff S. 412, Mommsen S. 133, 140, Hirsch S. 246, Munk S. 8 und noch heute Rehbein S. 138 tun; denn beide sind nach Inhalt und Voraussetzungen wesentlich von einander verschieden.

1) Vergl. z. B. l. 4 § 2 Dig. 18, 6; l. 72 § 3 Dig. 46, 3; nov. 91 c. 2.

die Verbaloblation. Die „Realoblation“ besteht darin, daß der Schuldner den Leistungsgegenstand unmittelbar zur Übergabe bereithält und dem Gläubiger seine Absicht erklärt, ihn zu übergeben, so daß der Gläubiger nur zuzugreifen braucht, um die Leistung zu bekommen. Durch die „Verbaloblation“ erklärt der Schuldner dem Gläubiger sein Leistungsvermögen und seinen Willen zu erfüllen, wenn der Gläubiger die von seiner Seite erforderliche Mitwirkung eintreten läßt. In diesen Fällen muß der Gläubiger noch eine weitere Handlung vornehmen, z. B. das ihm zustehende Wahlrecht ausüben; insbesondere muß er den Leistungsgegenstand abholen.

Dagegen war bei dem Mangel zweifelsfreier Auslassungen der römischen Quellen über die Erfordernisse der Oblation im gemeinen Rechte Streitfrage, wann die Oblation eine reale und wann sie eine verbale sein sollte. So vertritt von Glück [2]) die Ansicht, daß bei Obligationen auf Leistung einer beweglichen Sache stets Realoblation erforderlich [3]), bei Schuldverhältnissen, die eine unbewegliche Sache oder ein Tun zum Gegenstande haben, dagegen stets Verbaloblation genügend sei. Diese Theorie wird den mannigfachen Gestaltungen obligatorischer Rechtsverhältnisse nicht gerecht. Handelt es sich z. B. um eine Holschuld, so legt sie dem Schuldner eine über das Maß seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeit hinausgehende Verpflichtung zur Übersendung des Leistungsgegenstandes auf; andererseits verringert sie ungerechtfertigterweise das Maß der Leistungsbereitschaft des Schuldners, wenn sie z. B. bei Dienstleistungen, die der Schuldner im Hause des Gläubigers vorzunehmen hat, eine Verbaloblation für ausreichend erachtet. Allen derartigen Theorien gegenüber stellte die herrschende Lehre im gemeinen Rechte den Grundsatz auf, daß die Frage, ob Real- oder Verbaloblation erforderlich bzw. genügend sei, sich lediglich nach dem Inhalte der Obligation richten müsse. Sie hält im Prinzip daran fest, daß bei Bringschulden Realangebot notwendig, bei Holschulden dagegen sowie in den Fällen, wo der Gläubiger durch vorbereitende

2) v. Glück, Pand. IV S. 408 ff.

3) Dies ist auch der Standpunkt des bayrischen Landrechts in T. IV cap. 14 § 15.

Handlungen zur Erfüllung mitzuwirken hat, Verbalangebot genügend sei, daß das letztere aber auch erforderlich und genügend sei, wenn der Gläubiger vorher dem Schuldner in zweifelsfreier Weise seine Annahmeverweigerung erklärt hat[4]). Dem Verbalangebote stellte man in den Fällen, in denen der Gläubiger eine den Leistungsakt des Schuldners vorbereitende Mitwirkung zu entfallen hatte, die Aufforderung an den Gläubiger gleich, in der erforderlichen Weise tätig zu werden, und ließ den Gläubiger beim Unterlassen dieser Tätigkeit in Verzug der Annahme der ganzen Leistung kommen[5]).

Diese gemeinrechtliche Unterscheidung von Real- und Verbaloblation ist im wesentlichen, wenn auch hier und da mit Modifikationen, in die neueren Gesetze und Gesetzentwürfe übernommen worden; so vom sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuche in den §§ 747 bis 749, vom Dresdner Entwurf in den Artikeln 306—308, 321, 322, vom hessischen Entwurf in den Artikeln 246 und 247, vom bayerischen Entwurf in Artikel 128 und vom schweizerischen Bundesgesetz in Artikel 106. Auch die gemeinrechtliche Praxis[6])

---

4) Koch S. 353 ff.; v. Madai S. 234 ff.; Brinz S. 311; Mackeldey S. 208; Unterholzner S. 129; Mommsen S. 141 ff.; Dernburg, Pand. II S. 120. Eine weitverbreitete Ansicht hielt bei vorheriger Annahmeverweigerung des Gläubigers auch eine Verbaloblation für überflüssig; so Wolff S. 407; Sintenis S. 220; Thoel S. 286; Kohler, Jahrb. S. 401; Windscheid-Kipp § 345 Anm. 5.

5) Anderer Meinung Römer, Abhandlungen S. 139 ff.; Mommsen S. 152 ff.; Bernstein S. 20 ff.; Ulrich S. 9 Note 3, deren Ansicht, daß hier nur ein Verzug in der Mitwirkung, kein Annahmeverzug vorliege, allerdings vom Standpunkte ihrer Lehre aus folgerichtig ist, die zur Real- wie zur Verbaloblation ein Anbieten der Erfüllung, also der vollen Leistung erfordert und daher unter „Annahme" im Sinne der Verzugslehre nicht, wie richtig, jede Mitwirkung des Gläubigers zur Erfüllung, sondern nur die Empfangnahme der Leistung versteht. So geht auch das Reichsoberhandelsgericht in seiner Entscheidung vom 17. Juni 1875 (Bd. 18 S. 50) von der irrigen Ansicht aus, daß bei dem sog. Spezifikationskaufe der Käufer, solange er nicht spezifiziert habe, nicht in Annahmeverzug kommen könne. Vergl. auch oben § 3 Anmerkungen 9—11.

6) ROHG. Bd. 10 Nr. 51 S. 238 ff., Bd. 13 Nr. 17 S. 59, Bd. 15 Nr. 45 S. 146 ff.; Erkenntnis des Obertribunals in Berlin vom 16. 2. 1875

steht auf dem Boden der im gemeinen Rechte herrschenden Theorie über Real- und Verbaloblation.

Streitfrage im gemeinen Recht war es, ob das Angebot den Charakter der Erklärung der Erfüllungsbereitschaft ebensowohl bei der Real- wie bei der Verbaloblation an sich trage, ob überhaupt neben der „tatsächlichen" Leistungsbereitschaft noch Platz für eine „Oblation" im Sinne der Moralehre sei. Eine mehrfach vertretene Ansicht [7]) geht dahin, daß bei der „Realoblation" das Angebot in der Leistungsbereitschaft mit enthalten sei, sich gewissermaßen als den letzten Akt der tatsächlichen Leistungsbereitschaft des Schuldners darstelle, so daß von einem besonderen Angebote im Sinne der Verzugslehre — wie das bei der Verbaloblation der Fall ist — keine Rede sein könne. Hirsch [8]) geht noch weiter und behauptet, daß als besondere Voraussetzung des Gläubigerverzuges nur die „Verbaloblation" gelten könne, da eine Realoblation nur bei Bringschulden vorkomme, wo das tatsächliche Angebot den Charakter einer „neben der Leistungsbereitschaft einhergehenden Mahnung des Gläubigers zur Empfangnahme" an sich trage und damit gegenüber der „Reoblation" ein plus darstelle. Diese Ansicht ist jedenfalls unrichtig, denn sie verkennt das Wesen des Angebots vollständig, das nichts mit der „Mahnung" gemein hat.

Allen derartigen Theorien gegenüber muß betont werden, daß auch bei der „Realoblation" zur Leistungsbereitschaft noch ein mehreres hinzutreten muß, nämlich die Benachrichtigung des Gläubigers von der Leistungsbereitschaft, die Erklärung des Schuldners, daß er bereit und willens sei, die Leistung als vertragsmäßig geschuldete zu übergeben. Diese Erklärung kann ausdrücklich, sie kann aber auch stillschweigend erfolgen, nämlich durch Vornahme der zur Erfüllung von seiner Seite erforderlichen Tätigkeit in einer Weise, daß der Gläubiger daraus erkennen muß, es handle sich um

---

in Seuff. Arch. Bd. 32 Nr. 216 S. 275; Entscheidung des obersten Gerichtshofes für Bayern vom 1. 4. 1878, daselbst Bd. 34 Nr. 102 S. 155; RG. Bd. 1 S. 311 u. S. 355, Bd. 5 Nr. 14 S. 58, Bd. 14 S. 143 u. a.

7) Kohler, Jahrb. S. 400; v. Schey S. 110; Hirsch S. 209 ff., 245 ff.; Wachsner S. 8 ff.

8) Hirsch S. 209, 246.

die Erfüllung seiner Forderung. Daß eine solche Willenserklärung des Schuldners noch zur Leistungsbereitschaft hinzutreten muß, darauf deutet schon das Wort „anbieten", „Angebot" genügend hin. Leistungsbereitschaft und Realoblation werden zwar faktisch in der Regel zusammenfallen, sich als ein einheitlicher Akt darstellen, da eben die unmittelbare Darreichung der Leistung zwecks Empfangnahme die Erklärung des Schuldners, daß er zur Erfüllung bereit sei, in sich schließt; begrifflich aber sind beide voneinander zu scheiden [9]).

§ 5.

Tatsächliches und wörtliches Angebot im Bürgerlichen Gesetzbuche.

Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet zwischen einem „tatsächlichen" und einem „wörtlichen Angebot" der Leistung. Es enthält hierüber in den §§ 294 und 295 folgende Bestimmungen:

§ 294: „Die Leistung muß dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden."

§ 295: „Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dem Angebote der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen."

Aus dem Inhalte und Zusammenhange dieser Bestimmungen geht hervor, daß sich das Gesetz im wesentlichen die gemeinrechtliche Unterscheidung der Begriffe „Realoblation" und „Verbaloblation"

---

9) So auch die herrschende Lehre. Vergl. Schollmeyer S. 138; Munk S. 10; Charmak S. 26. Zu weit geht freilich Rosenberg S. 157, wenn er, vom Begriffe der Leistungsbereitschaft ausgehend, auch im „tatsächlichen" Angebote des § 294 BGB.s nur eine reine empfangsbedürftige Willenserklärung des Schuldners erblickt, die scharf von dessen Leistungsbereitschaft zu trennen wäre. Diese Auffassung wird unseres Erachtens dem, was das Gesetz von einem „tatsächlichen Angebote" verlangt, nicht gerecht. Vergl. dazu unten § 5.

zu eigen gemacht hat, daß also das „tatsächliche Angebot" des § 294 und das „wörtliche Angebot" des § 295 nichts anderes als eine Übersetzung von oblatio realis und oblatio verbalis sind. Jeder Zweifel hierüber wird durch die in den Vorarbeiten des Gesetzes, insbesondere den Motiven [1]) und den Protokollen der Kommission für die erste Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs [2]) zum Ausdrucke gebrachten Anschauungen beseitigt. Danach soll überall da, wo der Gläubiger zur Vollendung der Leistung lediglich durch die Annahme mitzuwirken und eine weitere Tätigkeit nicht zu entfalten hat, ein tatsächliches Anbieten der Leistung erforderlich sein, so daß also bei Sachleistungen der Schuldner dem Gläubiger den Leistungsgegenstand vorzulegen und bei Leistungen auf ein Handeln sich zur Vornahme der Handlung, erforderlichenfalls gehörig ausgerüstet, beim Gläubiger einzufinden hat. In allen den Fällen dagegen, in denen das Tätigwerden des Schuldners oder sein ferneres Tätigsein durch eine vorausgehende oder gleichzeitige Handlung des Gläubigers bedingt ist, bei deren Ausbleiben also dem Schuldner die Entwicklung seiner zur Herbeiführung der Erfüllung nötigen Tätigkeit oder seiner ferneren Tätigkeit unmöglich ist, soll ein nur wörtliches Anbieten der Leistung oder — was dem gleichsteht — die Aufforderung an den Gläubiger zur Vornahme der erforderlichen Handlung genügen, vorausgesetzt, daß der Schuldner imstande sei, die Leistung vertragsgemäß zu bewirken, sobald der Gläubiger die ihm obliegende Handlung vorgenommen haben wird. Demgemäß stellt man den Grundsatz auf, daß zum wirksamen Angebot regelmäßig „Realoblation" erforderlich sei; „Verbaloblation" soll jedoch — das Leistungsvermögen des Schuldners vorausgesetzt — genügen, soweit eine über die bloße Annahmetätigkeit hinausgehende Mitwirkung des Gläubigers nötig ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Verbaloblation soll schließlich auch für die Fälle ausreichen, wo der Gläubiger dem Schuldner im voraus die Annahmeweigerung erklärt hat.

---

1) Mot. II S. 69 ff.

2) Prot. I S. 1229 ff. — Vergl. auch die Fassung des § 255 des ersten Entwurfs bei Reatz S. 123—124.

Aus alledem geht klar hervor, daß das Bürgerliche Gesetzbuch seinen Bestimmungen über den Gläubigerverzug im Großen und Ganzen die Einteilung des Angebots in Realoblation und Verbaloblation im Sinne der gemeinrechtlichen Lehre zugrunde gelegt hat. Dies ist denn auch die übereinstimmende Ansicht aller Schriftsteller, die sich mit dieser Lehre beschäftigt haben [3]).

Nur von einer Seite ist hiergegen Widerspruch erhoben worden. Rosenberg [4]) bekämpft die Unterscheidung zwischen Real- und Verbaloblation als unlogisch und äußerlich, weil sie den Umfang der Leistungsbereitschaft mit der Art des Angebots verwechsele und, was insbesondere das Angebot bei Bring- und Holschulden anbelange, als unterscheidendes Merkmal der beiden Angebotsarten lediglich das rein äußerliche Moment der Verschiedenheit des Erfüllungsortes bezeichne, insofern nämlich der Schuldner den Leistungsgegenstand bald dem Gläubiger bringen, bald dieser ihn bei ihm holen müsse. In beiden Fällen aber tue der Schuldner nicht mehr und nicht weniger, als seine Verpflichtung so, wie sie ihm vertragsmäßig obliegt, zu erfüllen. Unterscheidendes Merkmal sei nicht die Art und Weise, *wie* das Angebot zu erfolgen habe, — denn „Angebot" sei stets Angebot, d. h. reine Willenserklärung zu dem Zwecke, die Leistungsbereitschaft des Schuldners dem Gläubiger kundzutun —, sondern der Umfang der *Leistungsbereitschaft*, von der das „Angebot" als *bloße* Erklärung der Leistungsbereitschaft scharf zu scheiden sei. Das Maß der Leistungsbereitschaft aber sei, was Bring- und Holschulden betreffe, das gleiche. Der Schuldner habe bei Bringschulden nicht „real" und bei Holschulden nicht „verbal", sondern in beiden Fällen das anzubieten, wozu er nach dem konkreten Schuldverhältnisse verpflichtet sei; er habe also seine *tatsächliche Leistungsbereitschaft anzubieten*. Ganz anders läge jedoch die Sache in allen den Fällen,

---

3) Dernburg, bürg. R. S. 194 ff.; Windscheid-Kipp S. 441; Crome S. 150; Matthiaß S. 366 ff.; Cosack S. 430 ff.; Schollmeyer S. 135, 138; Oertmann Note 2 zu § 294, Note 1 zu § 295; Rehbein S. 137 ff.; Staudinger Bem. 1 zu § 294 u. Bem. 1 zu § 295; Hirsch S. 244; Kohler, Arch. S. 193 ff.; Munk S. 62, 65 u. a.

4) Rosenberg S. 150 ff.

in denen der Gläubiger in anderer Weise als durch Annahme oder Abholen des geschuldeten Gegenstandes zur Lösung des Schuldverhältnisses mitzuwirken habe; z. B. er hat bestimmungsgemäß ein Wahlrecht auszuüben oder zu „spezifizieren" usw. Da hier der Schuldner, solange der Gläubiger die erforderliche Mitwirkung nicht vornehme, nicht die Tätigkeit entfalten könne, zu der er vertragsgemäß verpflichtet sei, so könne er also dem Gläubiger auch nicht die fertige Leistung, sondern nur soviel anbieten, als er ohne den Gläubiger zu tun vermochte, und ihm zugleich seine Bereitschaft erklären, nach erfolgter Mitwirkung die Leistung vertragsmäßig herzustellen. Hier könne er also den Gläubiger in Verzug setzen, obwohl er noch nicht alles das getan hatte, was er der Vertragsverpflichtung gemäß hätte tun sollen, m. a. W., obgleich er noch nicht tatsächlich leistungsbereit sei: es genüge mithin das Angebot einer nur erklärten, einer nur wörtlichen Leistungsbereitschaft. Das letztere Angebot habe sinngemäß auch auf die Fälle vorheriger Verweigerung der Annahme oder Mitwirkung seitens des Gläubigers Anwendung zu finden.

Auf Grund der Prüfung der einschlägigen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in den §§ 294 und 295 kommt nun Rosenberg [5]) zu dem Schlusse, daß auch diesen Gesetzesbestimmungen die von ihm festgestellte Einteilung des Angebots zugrunde liegen müsse. Denn wenn das Gesetz in § 294 bestimme, daß die Leistung dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, angeboten werden müsse, so seien damit die Fälle der Holschuld mit einbegriffen; biete doch auch der Schuldner, der den Gläubiger auffordert, die vertragsmäßig hergestellte Sache abzuholen, „die Leistung so an, wie sie zu bewirken ist". Man hätte deshalb in § 295 den Satz: „insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat" als irreführend und müßige Wiederholung besser fortlassen sollen. Nach alledem sei auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche unter dem „tatsächlichen Angebot" des § 294 das „Angebot einer Leistung, wie sie dem Schuldner kraft des Schuldverhältnisses zu bewirken obliegt" oder besser das „Angebot einer tatsächlichen Leistungsbereit-

5) Rosenberg S. 154 ff.

schaft“ und unter dem „wörtlichen Angebot“ des § 295 das „Angebot, in dem der Schuldner erklärt, daß er bereit und imstande sei, nach erfolgter Mitwirkung des Gläubigers die Leistung anzunehmen“ oder besser das „Angebot einer nur wörtlichen Leistungsbereitschaft“ zu verstehen. Der Unterschied dieser beiden Angebotsarten von den Begriffen der Realoblation und Verbaloblation sei augenfällig; er zeige sich insbesondere schon darin, daß das „tatsächliche Angebot“ auch die Fälle der Holschuld einbegreife, diese also aus der Verbaloblation ausscheiden müßten.

Die verdienstlichen Ausführungen Rosenbergs haben gewiß einen berechtigten Kern. Insbesondere dürfte nicht abzuleugnen sein, daß die gemeinrechtliche Einteilung in Realoblation und Verbaloblation ihrem Ursprunge nach wohl auf einer Überschätzung des sich beim Gläubiger abspielenden eigentlichen Angebotsaktes gegenüber der seine Grundlage bildenden Leistungsbereitschaft des Schuldners beruht. Allein das nötigt noch keineswegs, diese Einteilung aufzugeben und im Widerspruche mit der Terminologie und dem klaren Wortlaute des Gesetzes als den Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs hinzustellen, daß es nur ein Angebot mit tatsächlicher Leistungsbereitschaft und ein Angebot mit nur wörtlicher Leistungsbereitschaft kenne und das erstere Angebot insbesondere auch bei Holschulden für erforderlich erachte. Richtig ist, daß bei Holschulden dem wörtlichen Angebote eine volle, ungeminderte, also in diesem Sinne tatsächliche Leistungsbereitschaft des Schuldners zugrunde liegen muß; allein damit wird das wörtliche Angebot noch nicht zu einem „tatsächlichen“ im Sinne des § 294 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Vielmehr muß es der Rosenbergschen Unterscheidung gegenüber dabei bleiben, daß sich das Angebot bei Bring- und Holschulden verschieden zu äußern hat. Sachlich läßt sich — wenigstens für das Gebiet des § 295 — die Ansicht Rosenbergs mit dem Standpunkte des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch eine vertiefte Auffassung von dem Wesen des wörtlichen Angebots sehr wohl vereinigen. Auch bei Zugrundelegung der Einteilung des Gesetzes in Real- und Verbalangebot ergibt sich die Richtigkeit des von Rosenberg [6]) aufgestellten Grundsatzes, daß der

6) Rosenberg S. 156, 183.

Schuldner je nach der Art der Mitwirkung des Gläubigers eine verschiedene Tätigkeit entwickeln, also verschieden leistungsbereit sein müsse: daß er, je weniger der Gläubiger zur Erfüllung mitzuwirken habe, desto mehr getan haben müsse, um den Gläubiger in Verzug zu setzen; daß es aber, falls er ohne die Mitwirkung des Gläubigers die Leistung gar nicht beginnen könne, genüge, wenn er in Zukunft imstande sei, die Leistung zu bewirken.

Denselben ablehnenden Standpunkt gegenüber der Rosenbergschen Unterscheidung nehmen auch Oertmann, Crome, Planck und Staudinger[7]) ein. Die beiden letztgenannten Kommentare bezeichnen die Unterscheidung Rosenbergs als eine solche, die lediglich doktrinärer Natur sei und keinerlei praktische Vorteile gewähre[8]). Nicht mit Unrecht. Denn bei Holschulden erschwert sie die Lage des Gläubigers unbilligerweise, indem sie auch das Angebot eines Dritten zuläßt[9]), von dem der Gläubiger gar nicht wissen kann, ob hinter ihm auch eine tatsächliche Leistungsbereitschaft des Dritten steht; sich hierüber aber erst womöglich durch Anstellung von schwierigen und zeitraubenden, vielleicht gar mit Unzuträglichkeiten verknüpften Erörterungen vergewissern zu müssen, wird man dem Gläubiger nicht zumuten dürfen.

2. Erfordernisse eines gehörigen Angebots überhaupt.

Das Leistungsangebot des Schuldners bezweckt, das Schuldverhältnis durch Erfüllung zur Beendigung zu bringen. Es ist daher hinsichtlich des Umfangs, des Ortes und der Zeit, der Art und Weise, wie es zu erfolgen hat, sowie hinsichtlich der dabei auf der Schuldner- wie Gläubigerseite in Betracht kommenden Personen denselben allgemeinen Rechtsregeln unterworfen wie die Erfüllung selbst. Im folgenden sollen deshalb die Fragen: von wem, wem,

---

7) Oertmann Bem. 3 zu § 294; Crome S. 150 Anm. 36; Planck Bem. 1c zu § 293; Staudinger Note 2 zu § 294.

8) Dies behaupten allerdings — Rosenberg zustimmend — Endemann S. 787 Anm. 10 und Breit S. 230 auch von der Einteilung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in tatsächliches und wörtliches Angebot.

9) Rosenberg S. 170.

was, wo und wann ist anzubieten? einer Erörterung unterzogen werden.

§ 6.

Wer kann anbieten?

Regelmäßig steht die Erfüllung und damit das Angebot dem Schuldner zu. Hat die geschuldete Leistung rechtsgeschäftlichen Charakter, — und dies ist der Fall, sofern sie eine Disposition über Rechtsgüter enthält [1]) — so ist wie zur Vornahme der Erfüllungshandlung selbst so natürlich auch zum Angebote derselben die Geschäftsfähigkeit des Schuldners nach den allgemeinen Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 104 ff.) erforderlich. In diesen Fällen stellt sich das Angebot als einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft dar. Ist daher der Schuldner in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so kann er dem Gläubiger wirksam nur mit Einwilligung (d. i. vorherige Zustimmung § 183) seines gesetzlichen Vertreters anbieten. Ist er geschäftsunfähig, so hat das Angebot durch seinen gesetzlichen Vertreter zu erfolgen. Besteht dagegen die Erfüllungsleistung in rein tatsächlichen Handlungen z. B. in Dienstleistungen, die auch der Geschäftsunfähige vornehmen kann, da hier der Leistung das rechtsgeschäftliche Moment fehlt, so muß auch das Angebot eines Geschäftsunfähigen an den Gläubiger rechtswirksam erfolgen können. Hier entbehrt deshalb auch das Angebot des rechtsgeschäftlichen Charakters [2]). Auch ein gewillkürter Vertreter des Schuldners ist natürlich zum Leistungsangebote berechtigt. Außerdem ist aber jeder Dritte befugt, die Leistung für den Schuldner zu bewirken, und zwar auch ohne dessen Einwilligung, ja gegen seinen Willen, in allen den Fällen, wo der Schuldner nicht in Person zu leisten hat. Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt hierüber in § 267: „Hat der Schuldner nicht in Person zu

---

1) Oertmann Note 5a zu § 362.

2) Ebenso Breit S. 230; Oertmann Note 1 u. 3 zu § 294; Kohler, bürg. R. S. 199. Anderer Meinung die herrschende Lehre, die im Angebote stets ein Rechtsgeschäft erblickt und daher dazu in allen Fällen die Geschäftsfähigkeit des Schuldners verlangt. Vergl. darüber unten § 12.

leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken. Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich. — Der Gläubiger kann die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht.“ Ein Angebot der Leistung durch einen Dritten ist mithin überall da ausgeschlossen, wo es auf die Persönlichkeit, die Individualität des Leistenden ankommt, wo also die Leistung als eine „nicht vertretbare“ zu gelten hat. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich in erster Linie nach dem erklärten oder mutmaßlichen Vertragswillen, in zweiter Linie nach der Verkehrsanschauung oder schließlich auch nach dem Zwecke, dem die Leistung zu dienen hat. In letzterer Hinsicht ist z. B. an die Zahlung einer Geldstrafe zu denken. Es würde dem Zwecke des Gesetzes und dem Charakter der Geldstrafe als Vermögensstrafe wenig entsprechen, wollte man ihre Entrichtung durch einen Dritten an Stelle des Strafschuldners zulassen [3]). Ähnliche Erwägungen dürften auch dazu führen, die Vertragsstrafe, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, die dagegen sprechen, als eine „nicht fungible“ Leistung anzusehen [4]). In gewissen Fällen bestimmt endlich das Gesetz, daß eine Leistung „im Zweifel“ als höchst persönliche zu erachten sei; so beim Dienstvertrage (§ 613), beim Auftrage (§ 664), beim Verwahrungsvertrage (§ 691) und bei der Gesellschaft (§ 713). Abgesehen von diesen Fällen kommt der Gläubiger, der das Leistungsangebot des Dritten zurückweist, in Annahmeverzug. Das Bürgerliche Gesetzbuch befindet sich hier im wesentlichen in Übereinstimmung mit dem römischen Rechte und der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts [5]). Nur in einem Punkte weicht es von ihnen ab. Während nämlich nach gemeinem Rechte [6]) der Gläubiger die Leistung des Dritten auch dann nicht zurückweisen durfte, wenn der Schuldner der Annahme widersprach, gibt ihm das Bürgerliche Gesetzbuch in § 267 Abs. 2 für diesen Fall die Befugnis, die An-

3) Oertmann im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 82 S. 392 ff.; Dernburg, bürg. R. S. 126.

4) Staudinger Note 2 zu § 267.

5) Oertmann a. a. O. S. 382 ff., 413 ff.

6) Ebenso auch sächs. BGB. §§ 690, 746. Anderer Meinung Windscheid-Kipp S. 425, der die Bestimmung des § 267 in vollem Umfange auch für das gemeine Recht gelten lassen will.

nahme der Leistung abzulehnen [7]), so daß er also, wenn er von dieser Befugnis Gebrauch macht, nicht in Verzug geraten kann. Dies gilt selbst dann, wenn der Schuldner auch nur nachträglich der Leistung durch den Dritten widerspricht [8]). Diese Bestimmung ist durchaus zweckmäßig, denn sie verhindert, daß ein Wucherer den Schuldner gänzlich in seine Gewalt bekommt. Dagegen darf der Gläubiger einen Widerspruch des Schuldners in den Fällen nicht berücksichtigen, wo ein Dritter kraft eigenen Rechts zur Befriedigung des Gläubigers befugt ist, wie dies beim sogen. Ablösungs- oder Eintrittsrechte des Dritten in den Fällen der §§ 268, 1142, 1150, 1223 und 1249 des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Fall ist. Denn hier ist der Dritte nicht wie ein Dritter, sondern wie der Schuldner selbst zu behandeln [9]).

Nach dem Grundgedanken des § 267 wird man nur ein „tatsächliches" Angebot des Dritten für zulässig erachten können [10]); ein wörtliches Angebot muß, um wirksam zu sein, vom Schuldner selbst ausgehen. Daß dies der Standpunkt des Gesetzes ist, ergibt auch klar der Wortlaut des § 295: „ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt ...." im Gegensatz zu den §§ 293 und 294; man vergleiche die unpersönliche Fassung des letzteren Paragraphen: „Die Leistung muß .... tatsächlich angeboten werden". Und das mit Recht. Man wird, wie die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung [11]) zutreffend hervorheben, dem Gläubiger nicht zumuten dürfen, sich wegen der von seiner Seite zur Ausführung der Leistung erforderlichen Handlungen mit dem Dritten statt des Schuldners einzulassen oder auch nur, soweit insbesondere Holschulden in Frage kommen, sich von der tatsächlichen Leistungsbereitschaft des Dritten erst zu überzeugen [12]).

Selbstverständliche Voraussetzung des Angebotes eines Dritten ist es, daß es erfolgt in der Absicht und zu dem Zwecke, mit der

7) Ebenso preuß. allg. Landrecht T. I tit. 16 § 51.

8) Rehbein S. 137; Staudinger Note 4c zu § 267.

9) Dernburg, bürg. R. S. 193 Anm. 1; Kohler, bürg. R. S. 45; Windscheid-Kipp S. 446.

10) Dies gilt selbst für den Dritten, der kraft eigenen Rechts zur Befriedigung des Gläubigers befugt ist. Windscheid-Kipp a. a. O.

11) Prot. II S. 329.

12) Vergl. oben § 5 a. E.

Leistung die Schuld des Schuldners an den Gläubiger zu tilgen. Ein in anderer Absicht erfolgtes Angebot des Dritten kann daher den Verzug des Gläubigers nicht herbeiführen. Schließlich sei noch erwähnt, daß der leistende Dritte wie schon nach gemeinem Rechte [13]), so auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, einen Anspruch auf Abtretung der Forderung gegen den Schuldner, auf cessis actionis nicht hat. Bietet daher der Dritte dem Gläubiger die Leistung nur an gegen Abtretung der Klage, so gerät der Gläubiger nicht in Verzug, wenn er in die Abtretung nicht willigt [14]).

Besondere Beachtung verdient der im Leben nicht selten vorkommende Fall, daß der Gläubiger durch den Schuldner zur Erhebung der Leistung bei einem Dritten ermächtigt ist. Hier ist mit Wieland [15]) zu unterscheiden, ob die Ermächtigung lediglich im Interesse des Schuldners oder ob sie sowohl im Interesse des Gläubigers wie des Schuldners erteilt worden ist.

Ein Fall der erstgedachten Art wird meist dann vorliegen, wenn der Schuldner dem Gläubiger die Ermächtigung nur zahlungshalber erteilt hat; um die Mühe und Kosten zu ersparen, dieselbe Leistung erst beim Drittschuldner beziehen und dann dem Gläubiger übermitteln zu müssen, ermächtigt er den Gläubiger zum Bezuge der Leistung beim Dritten. Hier wird es in der Regel dem Gläubiger gleichgültig sein, ob er die Zahlung vom Schuldner selbst oder vom Dritten erhält. Weist z. B. der Käufer den Verkäufer mündlich an, den Kaufpreis bei seinem Notar oder bei seiner Bank zu erheben, so wird man den Anweisenden gleichwohl für befugt halten dürfen, dem Verkäufer in eigener Person die Zahlung anzubieten und die Anweisung zu widerrufen. Lehnt in solchem Falle der Gläubiger die Leistung des Schuldners ab, so gerät er in Annahmeverzug. Hier kann und darf also der Schuldner durch sein reales Angebot den Gläubiger in Verzug setzen.

Anders in den Fällen, wo nach den Umständen der Gläubiger ein Interesse daran hat, vom Dritten und nur vom Dritten Zahlung

13) Oertmann, Arch. a. a. O. S. 440.

14) Staudinger Note 6 a. E. zu § 267.

15) Wieland im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 95 S. 161 ff., 200 ff., 216 ff.; ebenso Staudinger Note 2a u. b zu § 293.

zu erhalten. Hier darf angenommen werden, daß sich der Ermächtigende zur Leistung durch den Dritten hat verpflichten wollen. So vorerst überall dort, wo die Ermächtigung zu dem Zwecke erteilt ist, dem Gläubiger an einem anderen als dem Ausstellungsorte die Zahlung zu beschaffen, z. B. bei Ausstellung eines „Kreditbriefes". Vor allem aber gehören hierher die Fälle, in denen ausdrücklich vereinbart worden oder aus den Umständen zu entnehmen ist, daß dem Gläubiger das Recht zustehen soll, die Ermächtigung weiter zu begeben. Denn hierdurch wird er in den Stand gesetzt, seinen Gläubiger gleichfalls an den Dritten zu verweisen und damit auch seinerseits der Vorteile abgekürzter Zahlung teilhaftig zu werden. Fälle dieser Art sind die Erteilung einer Anweisung im Sinne der §§ 783 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs („verbriefte Anweisung"), die Ausstellung eines Schecks oder Wechsels durch den Schuldner. Hier darf der Schuldner dem Gläubiger die Leistung weder real anbieten [16]), noch darf er ihn nach § 295 zur Präsentation des Papieres beim Dritten auffordern. Das würde nicht nur dem Inhalte des dem Ermächtigten erteilten Versprechens, sondern auch dem Zwecke der Ermächtigung widersprechen. Der ermächtigte Schuldner verspricht die Leistung an den Ermächtigten oder an den vom Ermächtigten selbst oder dessen Rechtsnachfolger zu bestimmenden Dritten. Wesentlich ist also, daß der Gläubiger die Ermächtigung frei verwerten und ungehindert weiter begeben darf. Dieses Recht würde ihm aber verkümmert, dürfte der Schuldner dem durch ein tatsächliches oder wörtliches Angebot der Leistung zuvorkommen. Fehlt dem Schuldner aber jede Angebotsmöglichkeit, so ist auch eine Inverzugsetzung des Gläubigers ausgeschlossen [17]). Nur dann kann der Gläubiger in Annahmeverzug geraten, wenn das Angebot aus anderen Gründen

---

16) Bei Inhaber- und Orderpapieren wird dem Schuldner das Angebot überhaupt durch die Präsentation des Papieres erst ermöglicht. Wieland a. a. O. S. 218; Kohler, Arch. S. 200. Anderer Meinung Goldschmidt in Z. Bd. 28 S. 78.

17) Wieland a. a. O.; Windscheid-Kipp S. 444; Crome S. 152. Anderer Ansicht Kohler a. a. O., der zu weit geht, wenn er allgemein lehrt, daß ein Gläubigerverzug auch ohne Angebot dann einträte, wenn das Angebot selbst — nicht die Leistung — unmöglich ist.

wegfällt, z. B. wenn für den Gläubiger ein Termin zur Präsentation des Papieres bestimmt ist und er diesen unbenützt verstreichen läßt. (§ 296 BGB.)

Wie die Leistung eines Dritten den Schuldner befreit, so wirkt auch die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner schuldbefreiend für die übrigen Schuldner. (§ 422 BGB.) Diesen Satz wird man folgerichtig auf das Angebot eines Gesamtschuldners anwenden müssen, verfolgt er doch mit seinem Angebote den Zweck, die ganze Schuld, also die Verbindlichkeit für alle Gesamtschuldner zu tilgen. Mit Recht bestimmt daher das Gesetz in § 424 — abweichend vom ersten Entwurf [18]) —, daß der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner auch für die übrigen Schuldner wirkt. Das Gesetz spricht nicht etwa aus, daß das Angebot des einen Gesamtschuldners den Gläubiger auch allen übrigen Schuldnern gegenüber in Annahmeverzug versetze, wie Matthiaß [19]) meint, sondern es bestimmt nur, daß die Wirkungen des dem Einen gegenüber eingetretenen Gläubigerverzuges den übrigen Gesamtschuldnern zugute kommen sollen [20]).

§ 7.

Wem kann angeboten werden?

Soll das Angebot gültig sein, so muß es an den Gläubiger erfolgen. Auch hier ist eine Geschäftsfähigkeit des Gläubigers nur insoweit erforderlich, wie zu der angebotenen Leistung selbst. Volle Geschäftsfähigkeit des Gläubigers ist daher nötig, soweit es sich um Leistungen rechtsgeschäftlicher Natur handelt, wenn also die Erfüllung einen Vertrag, insbesondere einen dinglichen Vertrag (Eigentumsübertragung) oder ein dem Gläubiger gegenüber vorzunehmendes einseitiges Rechtsgeschäft erfordert. Sie ist aber auch schon dann erforderlich, wenn zwar die Erfüllungshandlung als solche nicht

---

18) Entw. I § 326 Abs. 2: „. . . . Das Anbieten der Leistung von seiten eines Gesamtschuldners wirkt nicht für die übrigen Gesamtschuldner."

19) Matthiaß S. 476.

20) Oertmann Note 2a zu § 424; Schollmeyer Note 3 zu § 424; Rehbein S. 453; Planck, Erl. 1 zu § 424; Staudinger Anm. 2 zu § 424; Kremer S. 100.

rechtsgeschäftlichen Charakter an sich trägt, gleichwohl aber die Annahme der Leistung sich als eine Verfügung über die Forderung darstellt, wie z. B. bei der bloßen Besitzübergabe; denn eine solche Verfügung kommt natürlich nicht dem Geschäftsunfähigen zu. Da in allen diesen freilich weitaus die Mehrzahl bildenden Fällen der Leistungsakt die Geschäftsfähigkeit des Gläubigers voraussetzt, so kann wirksam nur dem geschäftsfähigen Gläubiger angeboten werden; ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters [1]); ist er geschäftsunfähig, so muß dem gesetzlichen Vertreter angeboten werden. In den Fällen dagegen, wo der reale Zweck des Schuldverhältnisses auch durch Entgegennahme der Leistung seitens eines Geschäftsunfähigen erzielt wird oder wo die im übrigen sich einseitig vollziehende Leistung von einer Mitwirkung des Gläubigers im Sinne eines bloß tatsächlichen Verhaltens abhängig ist, kann wie die Leistung so auch das Angebot derselben gegenüber dem beschränkt geschäftsfähigen oder geschäftsunfähigen Gläubiger wirksam erfolgen [2]).

Wie dem gesetzlichen Vertreter, so kann rechtswirksam auch einem sonstigen zur Annahme der Leistung berechtigten Vertreter des Gläubigers angeboten werden (§ 164 Abs. 3 BGB.). Die Berechtigung zur Annahme der Leistung kann auf gesetzlicher Vollmacht [3])

---

1) Als gesetzliche Vertreter kommen in Frage der Inhaber der elterlichen Gewalt (§ 1630), der Vormund (§§ 1793—1797), der Pfleger (§§ 1909ff.), der Vereinsvorstand (§ 26) und der besondere Vertreter des § 30 BGB.s.

2) Oertmann Note 5b zu § 362 u. Note 3 zu § 294; Breit S. 231 ff.; Kohler, bürg. R. S. 176. Anderer Meinung die herrschende Lehre, die stets volle Geschäftsfähigkeit des Gläubigers fordert. Vergl. z. B. Rosenberg S. 171; Windscheid-Kipp S. 445.

3) So beim Prokuristen, der unbeschränkbare Vollmacht nach außen hin besitzt (HGB. § 53), beim Überbringer einer Quittung (BGB. § 370), beim Handlungsbevollmächtigten (HGB. §§ 54, 55), bei dem in einem Laden oder offenen Warenlager Angestellten (HGB. § 56), bei welch' letzteren drei eine gesetzliche Vermutung für die Vollmacht zum Leistungsempfange in bestimmtem Umfange besteht, beim Prozeßbevollmächtigten, hier allerdings nur bezüglich der vom Gegner zu erstattenden Kosten (CPO. § 81), beim Gerichtsvollzieher (CPO. §§ 754, 755).

oder auf einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht beruhen.

Im gemeinen Rechte war es die Streitfrage, ob die Nichtannahme durch einen gewillkürten Vertreter den Gläubiger in Verzug setze. Nach der einen, wohl herrschenden Ansicht schrieb man der Ablehnung durch den Universalprokurator diese Wirkung zu, sprach sie aber der Ablehnung durch den Spezialmandatar ab. Nach der anderen Ansicht konnte jedem vom Gläubiger zur Annahme der Leistung Bevollmächtigten mit derselben Wirkung wie dem Gläubiger selbst offeriert werden [4]). Die gemeinrechtliche Praxis [5]), wie auch die neuere Gesetzgebung [6]) stehen im wesentlichen auf dem Boden der letztbezeichneten Anschauung. Streitig ist auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche geblieben, ob der Gläubiger auch dann in Verzug gesetzt wird, wenn ein gewillkürter Stellvertreter, der lediglich ermächtigt ist, die Leistung mit befreiender Wirkung für den Gläubiger anzunehmen, die Annahme ablehnt, ob insbesondere hier zur Inverzugsetzung des Gläubigers noch erforderlich ist, daß der Schuldner auch ermächtigt sei, an den Vertreter zu leisten [7]). Man wird für die Entscheidung dieser Frage lediglich den Inhalt und Umfang der Vollmacht im einzelnen Falle, die ja nach § 167 BGB.s mit derselben Wirkung sowohl durch Erklärung gegenüber dem zu Ermächtigenden als auch gegenüber dem Schuldner erteilt werden kann, maßgebend sein lassen müssen. Sie kann dahin beschränkt sein, daß der Vertreter nur zur Annahme, nicht aber zur Ablehnung der Leistung befugt sein soll. Mangels einer ausdrücklichen Einschränkung bei Erteilung der Vollmacht wird anzunehmen sein, daß der Vertreter auch zur Ablehnung der Leistung berechtigt und damit den Gläubiger in Verzug zu setzen fähig ist [8]).

---

4) Vergl. Munk S. 20 ff. und die dort zitierten Schriftsteller.

5) Zu vergleichen die bei Rosenberg S. 173 Anm. 8 aufgeführten Entscheidungen.

6) Sächs. BGB. § 746; sog. Dresdner Entwurf Art. 321.

7) So Eneccerus-Lehmann S. 497.

8) Planck Note 3 zu § 293; Staudinger Bem. 1a zu § 293; Rosenberg S. 173.

Bei Verträgen zugunsten eines Dritten setzt die Ablehnung der Leistung durch den Dritten den Gläubiger (Versprechensempfänger) in Annahmeverzug und zwar selbst dann, wenn der Dritte kein selbständiges Recht hat, die Leistung für sich zu fordern. Denn auch in diesem Falle hat der Dritte in der Regel die Stellung eines solutionis causa adjectus, dem zu zahlen und damit auch anzubieten der Schuldner nicht nur die Pflicht, sondern auch ein vertragsmäßiges Recht hat; und dieses Recht darf ihm nicht durch die Annahmeverweigerung des Dritten verkümmert werden [9]).

Stehen dem Schuldner mehrere Gläubiger als Gesamtgläubiger gegenüber, so kann er, wie er an jeden der Gläubiger nach seinem Belieben zu leisten berechtigt ist (§ 428 BGB.), auch jedem rechtswirksam die Leistung anbieten, mit der Folge, daß der Annahmeverzug dieses Gesamtgläubigers auch gegen die übrigen Gläubiger wirkt (§ 429). Einen abweichenden Standpunkt nahm der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches ein, der im Anschlusse an die herrschende Lehre des gemeinen Rechts [10]) in § 326 Abs. 1 bestimmte: „Das Anbieten der Leistung von Seiten des Schuldners an einen Gesamtgläubiger, sowie der Verzug eines Gesamtgläubigers wirken nicht gegen die übrigen Gesamtgläubiger“ [11]).

Besteht jedoch kein Gesamtgläubigerschaftsverhältnis, so ist zu unterscheiden, ob eine teilbare oder eine unteilbare Leistung geschuldet ist. Bei teilbarer Leistung kann der Schuldner jedem Gläubiger nur den ihm gebührenden Teil der Leistung anbieten, denn jeder Gläubiger ist nur zu einem gleichen Anteile berechtigt (§ 420 BGB.). Der Verzug eines Gläubigers kann hier natürlich nicht gegen die übrigen wirken. Ist die geschuldete Leistung unteilbar, so kann nach § 432 [12]) „der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten

---

9) Oertmann Bem. 3 zu § 294; Windscheid-Kipp S. 445.

10) Munk S. 21; Mot. II S. 159.

11) Reatz S. 197. Ebenso sächs. BGB. § 1025: „Bei einem Gesamtschuldverhältnisse treten die Wirkungen des Verzuges bloß gegen den Gläubiger oder Schuldner ein, welcher in Verzug gekommen ist.“

12) § 432: „Haben mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern, so kann, sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle

und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern". Aus dieser Bestimmung ist zu folgern, daß auch das Angebot der Leistung nur an alle Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann [13]). Ist dies aber der Fall, so kann das Angebot rechtswirksam auch nur von allen Gläubigern angenommen werden, und es liegt Nichtannahme, also Gläubigerverzug vor, wenn auch nur einer der Gläubiger die Leistung nicht annimmt [14]). Hervorzuheben aber ist, daß immer nur die Gesamtheit der Gläubiger in Verzug gerät; da die Leistung dem einzelnen Gläubiger überhaupt nicht rechtswirksam angeboten werden kann, ist ein Annahmeverzug des einen Gläubigers begrifflich gar nicht möglich [15]). Es ist deshalb nicht zu billigen, wenn die herrschende Lehre in diesen Fällen einen Annahmeverzug des einzelnen Gläubigers für möglich hält und weiter behauptet, der Verzug des einen Gläubigers wirke nach § 432 Abs. 2 nicht gegen die übrigen Gläubiger [16]). Eine Berufung hierfür auf das argumentum e contrario aus § 429 Abs. 1, wie es Rosenberg [17]) zur Rechtfertigung seiner Ansicht tut, ist unseres Erachtens ausgeschlossen, da diese Ge-

---

fordern. Jeder Gläubiger kann verlangen, daß der Schuldner die geschuldete Sache für alle Gläubiger hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefert. Im übrigen wirkt eine Tatsache, die nur in der Person eines der Gläubiger eintritt, nicht für und gegen die übrigen Gläubiger."

13) Ein tatsächliches Leistungsangebot ist freilich solange ausgeschlossen, als sich die mehreren Gläubiger nicht zur Empfangnahme der Leistung zusammengetan oder auf eine Mittelsperson, der zu leisten ist, geeinigt haben. Es genügt nach § 295 ein wörtliches Angebot des Schuldners bzw. die Aufforderung an die Gläubiger, sich zur Empfangnahme der Leistung zusammen am Leistungsorte einzufinden oder aber einen der Mitgläubiger oder einen Dritten zur Empfangnahme zu bevollmächtigen. — Weitere Fälle dieser Art enthalten die §§ 1077, 1281, 2039 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. — Kohler, Arch. S. 199; Munk S. 63; Rosenberg S. 161.

14) Planck Note 2 zu § 432 (a. M. die früheren Auflagen); Dernburg, bürg. R. S. 469 Anm. 9; Cosack, 3. Aufl. S. 392.

15) Ebenso Kohler, bürg. R. S. 154; Stammler S. 253.

16) So Oertmann Note 3 zu § 432; Staudinger Bem. 4 zu § 432; Windscheid-Kipp § 300 unter 2cγ (S. 235); Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 432; Dernburg, bürg. R. S. 469; Rosenberg S. 174.

17) Rosenberg S. 175.

setzesbestimmung voraussetzt, daß einem der Gläubiger gültig angeboten werden kann, dessen Verzug dann den übrigen Gläubigern schadet, während im Falle des § 432 doch die Sachlage die ist, daß einem der Gläubiger überhaupt nicht rechtswirksam offeriert werden, die Frage also gar nicht entstehen kann, ob der Verzug dieses einen Gläubigers den anderen Gläubigern schadet oder nicht.

An wen hat das Angebot im Falle der Forderungsübertragung zu erfolgen? Hat der Schuldner von der Abtretung Kenntnis, so muß er natürlich dem neuen Gläubiger anbieten. So lange er jedoch diese Kenntnis nicht hat, kann er da die Leistung dem alten Gläubiger mit Wirksamkeit gegen den neuen Gläubiger anbieten? Man hat hier mit Rosenberg [18]) zu unterscheiden: Teilt ihm der bisherige Gläubiger die Abtretung mit und lehnt er aus diesem Grunde die Annahme ab, so muß der Schuldner anderweit dem neuen Gläubiger anbieten, wobei er freilich Anspruch auf Ersatz der dadurch entstandenen Mehrkosten hat. Lehnt jedoch der bisherige Gläubiger ohne jede Begründung die Annahme der angebotenen Leistung ab, so wirkt dieses Angebot ebenso, wie wenn es dem wirklichen Gläubiger gegenüber erfolgt wäre. Dies ergibt sich aus der Bestimmung des § 407 Abs. 1 BGB.s: „Der neue Gläubiger muß eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt." Hiernach hat der Zessionar das Angebot, das der gutgläubige Schuldner an den Zedenten richtet, gegen sich gelten zu lassen, wie wenn ihm selbst angeboten worden wäre; denn das „Angebot" ist als ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 407 anzusehen [19]). Zeigt der Gläubiger dem Schuldner in rechtswirksamer Weise die Abtretung der Forderung an, so muß er ihm gegenüber die angezeigte Abtretung schlechthin gegen

---

18) Rosenberg a. a. O.

19) Planck Anm. 1 zu § 407; Staudinger Bem. 1 zu § 407; Dernburg, bürg. R. S. 388; Mot. II S. 133.

sich gelten lassen, auch wenn sie in Wahrheit gar nicht erfolgt oder nicht wirksam sein sollte (§ 409 Abs. 1 Satz 1 BGB.s). Hieraus folgt, daß das Angebot wirksam nur an denjenigen erfolgen kann, welchem nach dem Inhalte der Anzeige die Forderung abgetreten worden ist, und daß dessen Nichtannahme auch gegen den Gläubiger selbst wirkt.

Aus allen den vorerwähnten Fällen ergibt sich die Richtigkeit des Satzes, daß, wem wirksam geleistet, auch wirksam angeboten werden kann. Es kann daher aus demselben Grunde auch der Schuldner, der dem im Erbscheine bezeichneten Erben die Leistung angeboten hat, bei deren Nichtannahme die Vorteile des Gläubigerverzuges für sich geltend machen, auch wenn der Erbschein unrichtig ist, es sei denn, daß er die Unrichtigkeit kennt oder weiß, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat (§§ 2367, 2366 BGB.s.) [20]).

§ 8.

Was ist anzubieten?

Die Leistung muß inhaltlich so, wie sie zu bewirken ist (§ 294), angeboten werden. Daraus ergibt sich in erster Linie, daß sie vollständig sein muß [1]). Zu Teilleistungen und damit auch zu einem Teilangebot ist der Schuldner nicht berechtigt (§ 266 BGB.s) [2]). Nur das Angebot der vollen Leistung kann den Gläubiger in Annahmeverzug versetzen. Die Unvollständigkeit des Angebots bildet einen objektiven Entschuldigungsgrund der Nichtannahme. Weist daher der Gläubiger eine unvollständige Leistung zurück [3]), so kommt er nicht in Verzug, auch wenn er die Unvollständigkeit nicht kannte [4]).

---

20) Rosenberg S. 176.

1) Dies besagte der erste Entwurf in § 224 Abs. 1 Satz 1 ausdrücklich. Die Bestimmung wurde als selbstverständlich gestrichen. Reatz S. 104.

2) So auch die herrschende Lehre des gemeinen Rechts. Vergl. Dernburg, Pand. II S. 153.

3) Der Einwand der Schikane (§ 226) ist hier allerdings zulässig. Dernburg, bürg. Recht S. 125 und S. 194 Anm. 4.

4) Entsch. des OLG. Braunschweig v. 8. 12. 05 im Recht 06 Heft 1 S. 48.

Was zu einer vollständigen Leistung gehört, richtet sich nach den Bestimmungen über die Erfüllung und ist je nach dem Inhalte der konkreten Schuldverbindlichkeit verschieden. Hat z. B. der Gläubiger vom Schuldner außer der Hauptforderung infolge Verzuges noch Zinsen (§ 288) und Schadensersatz (§ 286) oder hat er Kosten oder bei verschuldeter teilweiser Unmöglichkeit Schadensersatz (§§ 280, 325) zu beanspruchen, so würde es eine Teilleistung sein, die der Gläubiger nach § 266 anzunehmen nicht gehalten wäre, wenn der Schuldner nur die Hauptschuld ohne die Zinsen und den Schadensersatz oder ohne die Kosten oder nur die Restleistung, nicht auch den Schadensersatz anböte. Anders, wenn vertragsmäßig Zinsen bedungen sind und der Schuldner nur die Hauptsache ohne die fälligen Zinsen anbietet. Eine derartige Leistung würde der Gläubiger als Teilleistung zurückzuweisen nicht berechtigt sein und daher in Annahmeverzug hinsichtlich der Hauptleistung geraten. Denn hier bilden Haupt- und Nebenforderung nicht — wie das bei den lediglich eine Erweiterung des Hauptanspruchs darstellenden Verzugszinsen der Fall ist — ein einheitliches, beide Leistungen umfassendes Schuldverhältnis, sondern mehrere nebeneinander bestehende Schuldverhältnisse, da der Anspruch auf die vertragsmäßigen Zinsen auf einem besonderen Schuldgrunde, dem Zinsversprechen, beruht und deshalb als ein selbständiger Anspruch anzusehen ist[5]). Hiergegen spricht auch nicht die Bestimmung des § 367, wonach eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung zunächst auf Kosten und Zinsen anzurechnen ist, so daß eine anderwärtige Anrechnungserklärung des Schuldners mit der Wirkung zurückgewiesen werden kann, daß die Nichtannahme der Leistung keinen Gläubigerverzug nach sich zieht. Denn die Frage ob eine zur Tilgung der Hauptschuld, nicht auch der Zinsen und Kosten ausreichende Leistung als Teilleistung anzusehen ist, die der Gläubiger nach § 266 unbedingt ablehnen darf,

---

5) Ebenso Staudinger Note 3 zu § 266; Planck Note 1 zu § 367. Anderer Meinung Fischer-Henle Anm. 1 zu § 266. Auch nach Rosenberg S. 177, Munk S. 55, Wentrup S. 15, Wolffenstein S. 47 hat ein vollständiges Leistungsangebot das Angebot der Zinsen schlechthin zu umfassen.

und die Frage der Anrechnung einer zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichenden Leistung, sind voneinander durchaus verschieden und unabhängig. Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in § 367, daß unter der dort gegebenen Voraussetzung der Gläubiger eine zur Tilgung der Haupt- und Nebenforderungen (Zinsen und Kosten) nicht ausreichende Leistung auch dann zurückzuweisen berechtigt ist, wenn es sich — wie bei den Vertragszinsen — nicht um ein einheitliches Schuldverhältnis, sondern um mehrere nebeneinander bestehende Schuldverhältnisse handelt.

Die Bestimmung des § 266 ist lediglich dispositiver Natur. Daraus folgt, daß der Gläubiger Teilleistungen dann nicht ablehnen darf, wenn sie ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart sind, oder wenn sich die Befugnis des Schuldners zu Teilleistungen aus dem Inhalte des Schuldverhältnisses ergibt, so bei den sog. Sukzessivgeschäften [6]). In gewissen Fällen bestimmt sogar das Gesetz ausdrücklich Ausnahmen von der Regel des § 266; so das Bürgerliche Gesetzbuch in § 389 bei der Aufrechnung, wenn die Gegenforderung des Schuldners hinter dem Betrage der Forderung des Gläubigers zurückbleibt, in § 420 bei einer Mehrheit von Gläubigern, in den §§ 2039, 2058 ff. bei einer Erbengemeinschaft; so die Zivilprozeßordnung in § 301 beim Teilurteile; so dürfen Abschlagszahlungen nicht zurückweisen der Wechselgläubiger (Art 38, 98 WO.), der Konkursgläubiger (§ 149 KO.), der Zwangsvollstreckungsgläubiger (§ 757 CPO.) und der Nutzpfandgläubiger (§ 1214 BGB.). Nimmt in allen diesen Fällen der Gläubiger die ihm gehörig angebotene Teilleistung nicht an, so gerät er hinsichtlich dieser Teilleistung [7]) in Verzug.

Bietet der Schuldner dem Gläubiger m e h r an, als er nach dem Schuldverhältnisse zu leisten verpflichtet ist, so hat man mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 242) den Gläubiger zur Ablehnung der ganzen Leistung nur dann für befugt zu halten, wenn der Schuldner die Herabsetzung der angebotenen Leistung auf das geschuldete Maß verweigert oder dem Gläubiger die Ausscheidung des

---

6) RG. v. 18. 12. 03 in DJZ. 04 S. 267 Nr. 22.

7) Nicht etwa bezüglich der ganzen Leistung.

wirklich Geschuldeten unmöglich oder doch wenigstens wegen der aufzuwendenden Zeit und Kosten billigerweise nicht zuzumuten ist [8]).

Streitig ist, ob der Gläubiger eine ihm unter Vorbehalt von Einwendungen gegen das Schuldverhältnis angebotene Leistung ablehnen darf, ohne in Annahmeverzug zu geraten. Die Frage ist mit der herrschenden Lehre [9]) gegen Stölzel und Endemann [10]) schlechthin zu bejahen. Denn der Gläubiger hat Anspruch auf eine das Schuldverhältnis endgültig erledigende Leistung, auf eine Leistung in verkehrsüblicher Weise. Dies ist sie aber nur, wenn sie vorbehaltlos geschieht. „Zahlung unter Vorbehalt gibt keine gleichstehende Rechtsposition. Denn sie entzieht dem Gläubiger die tatsächliche Anerkennung der Schuld, welche in der vorbehaltlosen Erfüllung zu sehen ist [11])." Sie würde den Gläubiger nötigen, auf Feststellung des Bestehens der Schuld zu klagen, was man ihm nicht zumuten kann. Aus diesen Gründen können wir auch der von Planck und Staudinger [12]) vertretenen Auffassung nicht beipflichten, die einen Vorbehalt des Schuldners bei der Erfüllung dahingehend zulassen, daß er sich vorbehalte, das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung für den Fall zurückzufordern, daß die Schuld nicht bestehen sollte, und demgemäß den Gläubiger, der die Annahme einer dergestalt angebotenen Leistung verweigert, in Annahmeverzug geraten lassen.

---

8) Oertmann Note 1e zu § 293; Dernburg, bürg. R. S. 194 Anm. 4; Rosenberg S. 178; Munk S. 15; Entsch. des OLG. Dresden v. 3. 2. 1902 im sächs. Arch. XII S. 505. — Über den im Verkehrsleben sehr häufig vorkommenden Fall, daß der Schuldner eine größere Geldsumme anbietet unter Zumutung des Wechselns, sind die zutreffenden Ausführungen Oertmanns (a. a. O.) zu vergleichen.

9) Liebknecht S. 61 ff., besonders S. 71 ff.; Dernburg, bürg. R. S. 305; Windscheid-Kipp § 345 Anm. 2 (S. 441); Eneccerus-Lehmann S. 504; Crome S. 232; Rehbein S. 269; Oertmann Note 6 zu § 362; Schollmeyer Bem. 1 zu § 362; Rosenberg S. 178 ff.; Entsch. des OLG. Breslau v. 28. 9. 03 im Recht 03 S. 526 Nr. 2637.

10) Stölzel, Schulung II § 11 S. 97 ff.; Endemann S. 797. Ähnlich Siber S. 123.

11) Dernburg a. a. O.

12) Planck Bem. 3 zu § 362; Staudinger Bem. 4e zu § 362.

Auch eine Leistung, die nur unter einer Bedingung oder unter dem Erfordern einer nicht geschuldeten Gegenleistung angeboten wird, braucht der Gläubiger nicht anzunehmen, gerät also durch Ablehnung des Angebots nicht in Verzug.

§ 9.

Wo ist anzubieten?

Der Gläubiger kommt weiter nur dann in Verzug, wenn der Schuldner ihm die Leistung dort anbietet, wo er nach dem Schuldverhältnisse zu leisten verpflichtet ist. In einzelnen Fällen bestimmt das Gesetz den Leistungsort ausdrücklich, so für die Rückgabe einer hinterlegten Sache (§§ 697, 700), für die Verpflichtung zur Vorlegung von Sachen (§ 811), für die Grundschuld (§ 1194). In den anderen Fällen ist für die Bestimmung des Leistungsortes in erster Linie die Parteienvereinbarung maßgebend, die ausdrücklich oder stillschweigend getroffen sein kann; in letzterer Hinsicht kommen für die Auslegung des Parteienwillens insbesondere auch die § 133, 157 und 242 des BGB.s in Frage. Oft ist auch der Erfüllungsort schon aus den Umständen des Falles, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, der Beschaffenheit der Leistung usw. zu entnehmen. So kann z. B. ein verkauftes Grundstück naturgemäß nur an dem Orte übergeben werden, wo es sich befindet. Fehlt es an einer anderweiten Bestimmung des Leistungsortes, so hat das Leistungsangebot an dem Orte zu erfolgen, wo der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte [1]), bezw. bei Verbindlichkeiten, die im Gewerbebetriebe des Schuldners entstanden sind, wo er zu dieser Zeit seine gewerbliche Niederlassung hatte (§ 269 Abs. 1 und 2). Bestehen mehrere Wohnsitze oder gewerbliche Niederlassungen des Schuldners, so ist der Leistungsort nach den vorbezeichneten Regeln zu finden; unter Umständen können hiernach mehrere Orte

---

1) Anders das römische und gemeine Recht: Ließ sich der Erfüllungsort nicht bestimmen, so konnte der Schuldner, so lange er nicht vom Gläubiger verklagt war, die Leistung an jedem nicht unpassenden Orte anbieten und durch ein solches Angebot den Gläubiger in Verzug setzen. l. 39 Dig. 46, 3; Dernburg, Pand. II S. 94.

für das Leistungsangebot in Frage kommen. Ist ein Wohnsitz des Schuldners überhaupt nicht vorhanden, so tritt im Sinne des Gesetzes an dessen Stelle der Aufenthaltsort des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses [2]). Schulden sind also nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche im Zweifel Holschulden, d. h. der Gläubiger hat den Leistungsgegenstand beim Schuldner abzuholen, nicht hat ihn der Schuldner ihm zu bringen oder zu übersenden. Tut er dies auf Verlangen des Gläubigers, so gerät der letztere in Verzug, wenn er die Annahme der unfrankierten Sendung ablehnt [3]).

Von der Regel, daß Schulden Holschulden sind, macht das Gesetz eine wichtige Ausnahme durch die Bestimmung des § 270: „Geld hat im Zweifel der Schuldner auf seine Gefahr und seine Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln" (Abs. 1). „Ist die Forderung im Gewerbebetriebe des Gläubigers entstanden, so tritt, wenn der Gläubiger seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hat, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes" (Abs. 2). Geldschulden sind also im Zweifel Bringschulden [4]): der Schuldner hat Geld dem Gläubiger an seinen jeweiligen Wohnsitz bezw. den derzeitigen Sitz seiner Niederlassung oder, falls ein Wohnsitz nicht besteht, an seinen derzeitigen Aufenthaltsort zu übersenden [5]); eine Änderung des gesetzlichen Leistungsortes tritt jedoch hierdurch nicht ein (§ 270 Abs. 4) [6]); freilich hat auch diese Bestimmung nur dispositiven Charakter. Aus § 270 Abs. 1 folgt, daß der Schuldner bei Geldsendungen zum Abzuge des Portos und Postbestellgeldes nicht berechtigt ist; der Gläubiger kommt durch die Ablehnung der unfrankierten Postsendung nicht in Verzug.

---

2) Planck Bem. 4 zu § 269; Dernburg, bürg. R. S. 135.

3) Rosenberg S. 182.

4) Gemäß Art. 92 des Einf.-Ges. z. BG. ist es allerdings den Landesgesetzgebungen gestattet, zu bestimmen, daß Zahlungen aus öffentlichen Kassen an der Kasse in Empfang zu nehmen sind.

5) Erhöhen sich durch die Ortsveränderung die Kosten oder die Gefahr der Übermittlung, so hat der Gläubiger im ersteren Falle die Mehrkosten, im letzteren Falle die Gefahr und zwar ganz zu tragen. § 270 Abs. 3.

6) Anders der erste Entwurf in § 230 Abs. 2. Reatz S. 114.

Schließlich sei bemerkt, daß der Gläubiger auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche ein Leistungsangebot nicht zu beachten braucht, das am unpassenden Orte erfolgt.

§ 10.

Wann ist anzubieten?

Wie das Leistungsangebot am rechten Orte zu erfolgen hat, so muß es auch zur richtigen Zeit geschehen, soll der Gläubiger dadurch in Verzug gesetzt werden. Für manche Schuldverhältnisse gibt das Gesetz ausdrücklich Bestimmungen über die Leistungszeit, so z. B. für die Miete (§ 551), die Pacht (§ 584), die Leihe (§ 604), das Darlehn (§ 608, 609), den Dienstvertrag (§ 614), den Werkvertrag (§ 641 Abs. 1), die Verwahrung (§§ 695, 696, 699), die Gesellschaft (§ 721), die Leibrente (§ 760), die Unterhaltsrente an den getrennt lebenden Ehegatten (§ 1361), die Unterhaltsrente der Eltern an eheliche Kinder (§ 1612 Abs. 3) und an uneheliche Kinder (§ 1710 Abs. 2) [1]). Abgesehen hiervon ist die Zeit für die Leistung in erster Linie mittels Willensauslegung aus den rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Beteiligten, in zweiter Linie aus den Umständen des einzelnen Falles, z. B. der Art der geschuldeten Leistung oder endlich auch aus der Verkehrssitte zu entnehmen. Fehlt es hiernach an einer anderweiten Bestimmung der Leistungszeit, so kann der Schuldner die Leistung sofort bewirken (§ 271 Abs. 1) [2]), also durch ein Leistungsangebot unmittelbar nach Begründung des Schuldverhältnisses den Gläubiger in Annahmeverzug setzen. Ist dagegen eine Zeitbestimmung für die Leistung getroffen, so gilt sie nach der Auslegungsregel des § 271 Abs. 2 im Zweifel als nur zugunsten des Schuldners beigefügt: diei adjectio pro reo est [3]), d. h. der Gläubiger kann vor der bestimmten Zeit die Leistung nicht fordern, wohl aber darf sie der Schuldner

---

1) Fälle gesetzlicher Bestimmungen über die Leistungszeit finden sich z. B. auch im Reichsgesetze über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901 in den §§ 11, 15 und 23.

2) Auch im gemeinen Rechte galt der Grundsatz: quod sine die debetur, statim debetur. Munk S. 26.

3) l. 41 § 1 Dig. 45, 1. Dies war auch der Standpunkt des gemeinen Rechts. Munk a. a. O.

schon vorher bewirken. Auch ein vorzeitiges Angebot des Schuldners ist also, vorausgesetzt, daß es ordnungsmäßig erfolgt ist, an sich geeignet, den Annahmeverzug des Gläubigers herbeizuführen. Dies gilt jedoch nur im „Zweifel". Die Befugnis des Schuldners zu einem vorzeitigen Leistungsangebote fällt daher fort, wenn nach der Absicht der Parteien oder der Natur des Geschäfts ein Leistungstermin nur im Interesse des Gläubigers oder im Interesse beider Parteien festgesetzt ist, z. B. bei der verzinslichen Darlehnsschuld (arg. § 609 Abs. 3) [4]), oder wo der Gläubiger sonst ein gerechtfertigtes Interesse daran hat, daß die Leistung nicht vor der festgesetzten Zeit erfolgt.

Wollte man den Grundsatz, daß der Schuldner den Gläubiger bei nicht bestimmter Leistungszeit durch ein sofortiges Angebot, bei fixiertem Leistungstermin aber im Zweifel auch durch ein vor Fälligkeit erfolgendes Angebot in Verzug setzen kann, streng und ausnahmslos durchführen, so würde dies in zahlreichen Fällen zu großen Härten für den Gläubiger führen, insbesondere dann, wenn dem Schuldner ein größerer Zeitraum zur Bewirkung der Leistung zu Gebote steht. Müßte sich doch hier der Gläubiger, wenn er nicht in Verzug geraten will, jeden Augenblick passender Zeit zur Empfangnahme der Leistung bereit halten. Man denke nur an den Fall, daß der Verkäufer größere Warenmengen zu liefern hat, die einen größeren Platz beanspruchen. Hier wird man vom Käufer wegen der wirtschaftlichen Nachteile, die ihm daraus erwachsen würden, nicht verlangen können, daß er jederzeit den zur Aufnahme der Waren erforderlichen Raum freihalte und zu diesem Zwecke etwa einen Lagerplatz längere Zeit unbenutzt liegen lasse [5]). In solchen Fällen wird schon die richtige Anwendung der Bestimmung des § 242 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wonach der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung, folglich auch das Angebot so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es er-

---

4) Bei verzinslichen Forderungen ist der Schuldner, der vor der Fälligkeit anbietet, zum Abzuge des Zwischenzinses nicht berechtigt. § 272, vergl. auch § 813 Abs. 2. Der Gläubiger braucht daher eine derartige unvollständige Leistung, weil Teilleistung im Sinne des § 266, nicht anzunehmen.

5) Hirsch S. 254; Munk S. 61.

fordern, dazu führen, daß der Schuldner dem Gläubiger eine angemessene Zeit zum Empfange und zur Vorbereitung der Annahme lassen muß. Allein die Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte dürfte wohl nicht immer genügen, um alle Härten, die ein unzeitiges Angebot des Schuldners für den Gläubiger mit sich bringen kann, zu beseitigen; sind doch auch Fälle denkbar, in denen man den Gläubiger gegen ein unzeitiges Leistungsangebot des Schuldners wird schützen müssen, auch ohne daß der Schuldner gerade durch sein Tun schikanös verfährt oder gegen Treu und Glauben im Verkehre verstößt. Bei den Zweifeln, die sich in dieser Hinsicht erhoben, hat es daher die zweite Kommission — wohl auf die Anregung Labands [6]) hin — für zweckmäßiger gehalten, folgende Bestimmung in den zweiten Entwurf als § 253 (jetzt § 299) aufzunehmen:

§ 299: „Ist die Leistungszeit nicht bestimmt, oder ist der Schuldner berechtigt, vor der bestimmten Zeit zu leisten, so kommt der Gläubiger nicht dadurch in Verzug, daß er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist; es sei denn, daß der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat."

Mit dieser Bestimmung, die zugleich eine durchaus zweckmäßige Abmilderung des schroffen Nichtverschuldungsprinzips beim Gläubigerverzuge, wie es in § 293 zum Ausdrucke gebracht ist [7]), enthält, legt das Gesetz dem Schuldner, will er in den hier gedachten Fällen eine Berufung des Gläubigers auf seine vorübergehende Verhinderung an der Annahme der Leistung ausschließen, die Verpflichtung auf, dem Gläubiger die Leistung eine angemessene Zeit vorher anzukündigen. Er muß sich in den hier in Frage kommenden Fällen, wenn das Interesse des Gläubigers es verlangt, eine mäßige Beschränkung des Zeitraumes, innerhalb dessen er den Zeitpunkt der Leistung wählen darf, gefallen lassen; kommt es ihm darauf an, gerade in einem bestimmten Zeitpunkte leisten zu können, so soll er

6) Laband im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 73 S. 201 ff.
7) Zu vergl. darüber unten § 15.

seine Absicht dem Gläubiger eine angemessene Zeit vorher anzeigen [8]).

Vorausgesetzt wird hier also eine vorübergehende Verhinderung des Gläubigers an der Annahme der Leistung. Sie muß tatsächlich und erkennbar vorhanden, nicht etwa nur vorgegeben sein; ebensowenig darf sie natürlich vom Gläubiger wider Treu und Glauben absichtlich herbeigeführt worden sein [9]). Was unter „Verhinderung" in diesem Sinne zu verstehen ist, wird Sache der Auslegung des einzelnen Falles sein müssen; keineswegs muß sie stets etwa wahre Unmöglichkeit der Annahme bedeuten, es genügt bloßes Unvermögen zur Annahme, sei es des Gläubigers selbst oder seiner zur Annahme der Leistung bestellten Personen; ja man wird eine solche Verhinderung des Gläubigers an der Annahme auch schon dann für vorliegend erachten können, wenn ihm die Annahme zwar möglich, aber nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten oder Kosten verknüpft ist, z. B. er müßte seine übrigen Waren in ungeeigneten Räumen unterbringen [10]). Auf welchen Umständen die Verhinderung beruht, ob sie vom Gläubiger verschuldet ist oder nicht, und aus welchem Grunde sie eingetreten ist, ist dabei gleichgültig [11]). Nur muß die Verhinderung lediglich vorübergehend sein; die Berücksichtigung einer dauernden Verhinderung des Gläubigers würde, wie ohne weiteres einleuchtet, zu unbilligen Härten gegen den Schuldner führen. Was unter „vorübergehender" Verhinderung im Sinne der vorliegenden Gesetzesstelle zu verstehen ist, ist ebenfalls Tatfrage. Maßgebend wird auch hier die Auffassung des Lebens und des redlichen Verkehrs sein. In Betracht können hier z. B. kommen längere Krankheit [12]), Geschäfts- oder Erholungsreise, dringende anderweitige Geschäfte, Platzmangel usw. [13]).

8) Prot. II S. 330. — Diese „Ankündigung" entspricht übrigens einem weit verbreiteten Handelsbrauche, wonach der Verkäufer dem Käufer „die Ware avisiert".

9) Oertmann Note 4 zu § 299; Schollmeyer S. 142.

10) Oertmann Note 3 zu § 299.

11) Oertmann a. a. O.; Planck, Erl. zu § 299; Windscheid-Kipp S. 448; Türcke-Niedenführ Bem. 1 zu § 299; Hirsch S. 253—4; Munk S. 62.

12) RG. v. 11. 7. 03; JW. 03 Beil. S. 114 Nr. 251.

13) Crome S. 148.

Allein es kann der Gläubiger auch durch den Nachweis der vorübergehenden Verhinderung an der Annahme der Leistung nicht die Folgen des Annahmeverzuges von sich abwenden, wenn der Schuldner [14]), was er zu beweisen hat, ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat. Bietet ihm der Schuldner zu der angekündigten Zeit die Leistung realiter an — und nur ein tatsächliches Angebot kann hier in Frage kommen [15]) —, so kommt der Gläubiger auch bei vorübergehender Verhinderung zur Annahme in Verzug. Unterläßt jedoch der Schuldner das Angebot zu dem angekündigten Termine, so verliert die Ankündigung ihre Kraft. Man wird sogar noch weiter gehen und hier ohne weiteres Leistungsverzug des Schuldners annehmen können, da er sich durch die Ankündigung selbst eine kalendermäßig bestimmte Zeit für die Leistung gesetzt hat [16]). Vorausgesetzt ist dabei allerdings stets, daß die Ankündigung eine angemessene Zeit vor dem Angebote erfolgt ist. Was „angemessen" in diesem Sinne ist, läßt sich ebenfalls nur unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles und unter Zugrundelegung der Vorschriften von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte beantworten. Es wird in der Regel der Zeitraum sein, der unter Berücksichtigung der vorerwähnten Umstände dem Gläubiger zum Empfange und zur Vorbereitung der Annahme gelassen werden muß.

Die „Ankündigung" ist einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung rechtsgeschäftlichen Charakters, auf die die §§ 130—132 des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung zu finden haben. Oertmann [17])

---

14) Nicht auch ein Dritter, der für den Schuldner zu leisten berechtigt ist. Dies ergibt schon der Wortlaut des § 299, wie auch der Grundgedanke des § 267. Nur dann steht dem Dritten das Ankündigungsrecht zu, wenn er kraft eigenen Rechts zur Leistung befugt ist, z. B. im Falle des § 268, denn hier ist er wie der Schuldner selbst zu behandeln. Derselben Ansicht Fischer-Henle Note 3 § 299.

15) Auf das wörtliche Angebot ist § 299 nicht anzuwenden. Schollmeyer S. 142 unten; Planck Erl. zu § 299.

16) Oertmann Note 6 Abs. 2 zu § 299; Goldmann-Lilienthal S. 349; Fischer-Henle a. a. O.

17) Oertmann Note 6 zu § 299.

bestreitet die rechtsgeschäftliche Natur der „Ankündigung", da ebenso wie bei der Mahnung (§ 284) und der Erklärung der Nichtannahme (§ 295) „ihre Rechtswirkungen sich an sie als eine bloße Tatsache anschlössen, ohne Rücksicht auf einen dahin gerichteten Willen". Diese Ansicht beruht auf der üblichen vom gemeinen Rechte her übernommenen Auffassung vom Wesen des Rechtsgeschäfts und der sein essentielles Element bildenden „Willenserklärung". Danach gehört es zum Begriffe der „Willenserklärung", daß der gewollte Rechtserfolg auch durch die Erklärung unmittelbar hervorgebracht wird; es muß „ein unmittelbarer Rapport zwischen Willen und Rechtseffekt" [18]) bestehen; der Rechtseffekt tritt deshalb ein, weil er gewollt ist, er ist „Produkt des Willens" [19]), von ihm erzeugt. So definieren auch die Motive [20]) das Rechtsgeschäft als „eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist". Sie widersprechen sich aber, wenn sie an anderer Stelle [21]) die Mahnung und das Angebot als Beispiele einseitiger Rechtsgeschäfte hinstellen, denn bei beiden treten die Rechtsfolgen der Erklärung unabhängig vom Willen des Erklärenden und allein kraft Gesetzes ein; der Parteiwille ist hier lediglich auf Aufhebung des Schuldverhältnisses gerichtet; der Verzug des Schuldners, der Verzug des Gläubigers sind keineswegs gewollt. Vom Standpunkte dieser Lehre aus wäre es daher nur folgerichtig, wenn man in der Mahnung, dem Angebote, der Aufforderung nach § 295, der Ankündigung, der Erklärung der Nichtannahme, den verschiedenen Fristsetzungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und ähnlichen vom Gesetze mit Rechtsfolgen ausgestatteten Parteierklärungen [22]) ein Rechtsgeschäft nicht erblickte. Gleichwohl legen die Mehrzahl der Schriftsteller trotz der Billigung der Rechtsgeschäftsdefinition der Motive

18) Dernburg, Pand. I S. 211.

19) a. a. O. S. 212.

20) Mot. I S. 126.

21) a. a. O. S. 139, 58.

22) Weitere Beispiele dieser Art gibt Breit S. 140, 144, 195 ff.

den meisten dieser Rechtsakte rechtsgeschäftlichen Charakter bei[23]). Schon dieser Umstand beweist, daß es nicht angängig ist, diese Tatbestände deshalb von den Rechtsgeschäften auszuschließen, weil sich bei ihnen Gegenstand des Wollens, d. h. Inhalt der Erklärung und tatsächlich eingetretener Rechtseffekt nicht decken. Die theoretische Unhaltbarkeit dieser ganzen Lehre von der rechtserzeugenden Kraft des Parteiwillens und dem unmittelbaren Kausalverhältnis zwischen Willen und Rechtsfolge hat unseres Erachtens Breit[24]) überzeugend dargetan. Zum Begriffe der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung gehört es keineswegs, daß die Rechtsfolgen auch wirklich eintreten, die vom Erklärenden gewollt sind; es ist begrifflich nur erforderlich, daß ein auf Rechtsfolgen gerichteter Wille geäußert worden ist. Erblickt man mit Breit[25]) in der „Willenserklärung" ganz allgemein die Kundgebung des Willens nicht sowohl zu der, als zu einer Rechtsfolge, nichts weiter als „das Begehren eines Rechtserfolges", gleichgültig, ob die Willensäußerung tatsächlich gerade den erstrebten Rechtseffekt hervorbringt, ja, ob sich überhaupt Rechtsfolgen an sie anknüpfen[26]), so ergibt sich schon ohne weiteres, daß darunter auch alle die oben genannten Tatbestände fallen, denen man zumeist den Rechtsgeschäftscharakter versagt, also auch z. B. die Ankündigung des § 299. Die rechtsgeschäftlichen Tatbestände, bei denen die erstrebten Rechtswirkungen mit den tatsächlich eintretenden sich decken — so alle gegenseitigen Verträge und von den einseitigen Typen z. B. die Kündigung, Vollmachtserteilung,

---

23) Bezüglich der Mahnung vergl. z. B. Rehbein II S. 119; Schollmeyer, Erl. 2 zu § 284; Planck, Erl. 4b zu § 284; Staudinger, Erl. 2a zu § 284, Erl. 1 zu § 130; Dernburg, bürg. R. S. 182; Endemann S. 778; Matthiaß S. 359. Bezüglich des Angebots vergl. die unten in § 12 Anm. 2 zitierten Schriftsteller. Bezüglich der Fristsetzung des § 326 vergl. z. B. Planck, Bem. 2c zu § 326; Staudinger, Bem. III 4h zu § 326; Rehbein II S. 199; Crome S. 188; Schollmeyer S. 211 u. a. m.

24) Breit S. 127 ff. — Eingehend die Frage zu erörtern würde hier zu weit führen. Es sei hierzu auf die zutreffenden Ausführungen Breits S. 127—145 verwiesen.

25) Breit S. 144.

26) a. a. O. S. 145.

Dereliktion, Testamentserrichtung —, die heute fast allgemein allein als Rechtsgeschäfte anerkannt werden, erscheinen dann nur als eine besondere Kategorie der Rechtsgeschäfte. Kein stichhaltiger Grund zwingt dazu, die zu enge Begriffsbestimmung des gemeinen Rechts von „Rechtsgeschäft" und „Willenserklärung" auch für das Bürgerliche Gesetzbuch festzuhalten. Mit dem Kriterium der „Willenserklärung" in dem erläuterten Sinne erhält man eine scharfe Abgrenzung der rechtsgeschäftlichen von den nichtrechtsgeschäftlichen Tatbeständen, die eine solche Willenserklärung begrifflich nicht erfordern. Große praktische Bedeutung dürfte freilich die ganze Streitfrage kaum haben, da auch die Gegner der hier vertretenen Anschauung sich darüber einig sind, daß auf die meisten der Tatbestände, für die hier die Rechtsgeschäftsnatur in Anspruch genommen wird [27]), die wichtigsten gesetzlichen Grundsätze über Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen wenigstens entsprechende Anwendung zu finden haben [28]).

Bisher ist nur davon die Rede gewesen, ob ein *vorzeitiges* Angebot den Gläubiger in Verzug zu setzen geeignet ist. Wie ist diese Frage zu beantworten, wenn es sich um ein *nachträgliches* Angebot der Leistung handelt? Hier darf der Gläubiger das Angebot, ohne in Verzug zu geraten, dann zurückweisen, wenn nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses die Zeit für die Leistung derart wesentlich ist, daß eine verspätete Leistung entweder überhaupt gar keine Erfüllung mehr, also unmöglich ist [29]), oder wenigstens wenn auch nicht unmöglich, so doch für den Gläubiger als unbrauchbar gelten soll; so insbesondere bei den Fixgeschäften (§ 361 BGB.; § 376 HGB.). Schließlich steht ihm ein solches Ablehnungsrecht auch überall da zu, wo ihm — was bei gegenseitigen Verträgen in Frage

27) Die Motive I S. 127 nennen sie „Rechtshandlungen"; unseres Erachtens ein wenig brauchbarer Begriff; denn den hierunter zusammengefaßten Tatbeständen fehlt jedes gemeinsame positive Merkmal. Die Motive verkennen denn auch nicht, daß die für Rechtsgeschäfte gegebenen Vorschriften auf sie „in weitem Umfange" passen.

28) So z. B. Cosack S. 154 unter IIb.

29) Z. B.: es ist für einen bestimmten Festzug ein Fenster oder für eine bestimmte Vorstellung ein Platz im Theater gemietet.

kommt — für den Fall der Verzögerung der Leistung kraft Gesetzes oder Parteienverabredung ein Rücktrittsrecht eingeräumt ist. In allen übrigen Fällen darf er dagegen die ihm nachträglich angebotene Leistung nicht ablehnen. Natürlich muß, wie schon oben in § 8 hervorgehoben worden ist, das Angebot, wenn dem Gläubiger durch die Verzögerung ein Schaden erwachsen ist, auch das Verspätungsinteresse mit umfassen, widrigenfalls der Gläubiger die Leistung als Teilleistung nach § 266 zurückzuweisen berechtigt ist.

Endlich sei noch darauf hingewiesen, daß das Angebot, soll es den Gläubiger in Verzug setzen, *zu passender Zeit* und *in gehöriger Form* zu erfolgen hat. Ein Realangebot, das außerhalb der gewöhnlichen Geschäftszeit [30]), etwa zur Nachtzeit oder an einem Sonntage oder gesetzlich anerkannten allgemeinen Feiertage erfolgt, darf der Gläubiger im Zweifel, d. h. falls sich nicht aus dem Inhalte des Schuldverhältnisses ein anderes ergibt, ebenso ablehnen wie eine Leistung, die ihm der Schuldner in unschicklicher Weise anbietet. Im allgemeinen wird auch hier die Frage, ob zu unpassender Zeit oder in ungehöriger Form angeboten worden ist, im Streitfalle der Richter nach dem schon mehrerwähnten Grundsatze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu beurteilen haben [31]).

§ 11.

3. Tatsächliches Angebot.

Das tatsächliche Angebot des § 294 besteht in der Entwickelung derjenigen Tätigkeit, die, falls der Gläubiger das Seinige hinzutut, nach dem Inhalte des besonderen Schuldverhältnisses zur „Erfüllung" erforderlich ist, *und* in der Benachrichtigung des Gläubigers von dieser Tätigkeit, sei es durch ausdrückliche Erklärung, sei es durch konkludente Handlung [1]). Die *Erklärung* der tatsächlichen Leistungsbereitschaft muß also wie bereits oben (§ 4)

30) Vergl. HGB. § 358.
31) Rosenberg S. 181, 183; Dernburg, bürg. R. S. 139.
1) Mot. II S. 69, 70; Schollmeyer S. 138.

hervorgehoben worden ist, notwendig hinzukommen; sie ist nur da entbehrlich, wo es keinerlei Mitwirkung des Gläubigers zur Erfüllung bedarf [2]). Durch das tatsächliche Angebot gibt also der Schuldner sein Leistungsvermögen kund und setzt zugleich den Gläubiger in die Lage, die Leistung selbst anzunehmen und ihre Richtigkeit nachzuprüfen [3]). Meist ist dieses Angebot in der Natur der Obligation begründet. Hat der Gläubiger zur Vollendung der Leistung einzig und allein durch die Annahme mitzuwirken, und eine weitere Tätigkeit nicht vorzunehmen, so muß der Schuldner den vertragsmäßig beschaffenen Gegenstand bereit halten und seine Absicht, ihn zu übergeben, dem Gläubiger erklären oder bei Leistungen auf ein Tun sich, erforderlichenfalls gehörig ausgerüstet, am rechten Orte einfinden und zu den betreffenden Leistungen bereit zeigen. Zu weit geht es, wenn man allgemein zum tatsächlichen Angebote die „unmittelbare Darreichung des Leistungsgegenstandes" für erforderlich erachtet [4]). Es genügt, wenn der Schuldner den Geldbetrag bei sich hat und dem Gläubiger seine Absicht, ihn auszuzahlen erklärt, und der Gläubiger, der daraufhin die Annahme ablehnt, kommt in Verzug, auch wenn der Schuldner das Geld ihm noch nicht dargereicht oder auf den Tisch hingezählt hatte [5]). Hat der Schuldner die geschuldete Sache an den Wohnort des Gläubigers zu übersenden, so muß er alles für die Übersendung Erforderliche getan haben. Hieraus ergibt sich, daß bei Bringschulden und Versendungsschulden ein tatsächliches Angebot erforderlich ist; ein wörtliches Anbieten der Leistung genügt nicht. Für alle diese Fälle schreibt das Gesetz in § 294 vor, daß die Leistung so angeboten werden müsse, wie sie zu bewirken ist, d. h. in der richtigen Art (§§ 242 ff.), vollständig (§ 266), mit den gesetzlichen oder vertragsmäßigen Eigenschaften versehen, am richtigen Orte (§§ 269, 270) und zur rechten Zeit (§ 271) [6]). Handelt es sich z. B. um Gattungs-

2) In diesem Falle ist deshalb auch ein Gläubigerverzug undenkbar. Vergl. oben § 1.

3) Endemann S. 786 Nr. 2.

4) Vergl. statt aller Crome S. 150; Windscheid-Kipp § 345 Z. 1.

5) Richtig Mittelstein S. 266.

6) Darüber Näheres oben §§ 8—10.

schulden, so muß der Schuldner vorher die Aussonderung des Leistungsgegenstandes aus der Gattung vorgenommen haben und die so ausgeschiedene Sache dem Gläubiger überbringen und anbieten. So würde kein genügendes tatsächliches Angebot vorliegen, wenn der Verkäufer lediglich die Faktura, nicht auch die Ware übersendet [7]), oder wenn der Schuldner sich dem Gläubiger gegenüber nur zur Abrechnung wegen der von ihm behaupteten Gegenforderungen erbietet, nicht aber den Betrag der Gegenforderungen angibt und den hiernach etwa verbleibenden Rest dem Gläubiger tatsächlich anbietet [8]). Den Beweis des gehörigen Angebots und damit seiner Leistungsbereitschaft hat hier im Streitfalle nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Schuldner zu führen [9]).

Ist die Kenntnis des Gläubigers von dem tatsächlichen Angebote erforderlich? Diese Frage wird von einer Anzahl Schriftsteller schlechthin bejaht [10]), von anderen wiederum schlechthin verneint [11]). Die Frage wird praktisch in dem Falle, daß der Gläubiger vom Leistungsorte abwesend ist, ohne einen Vertreter für die Annahme der Leistung zurückgelassen zu haben [12]). Erfolgt hier das tatsächliche Angebot einem Abwesenden gegenüber, wie es bei Versendungsschulden der Fall ist, so ist eine Kenntnis des Gläubigers zur Wirksamkeit des Angebots nicht erforderlich; denn hier wird die in dem tatsächlichen Angebote liegende Willenserklärung nach

---

7) RG. Bd. 50 S. 209 ff.

8) RG. Bd. 49 S. 38 ff.

9) Türcke-Niedenführ Bem. 2 zu § 294 und die dort mitgeteilte Rechtsprechung; Kuhlenbeck, BGB. Note 1 zu § 294; u. a.

10) Türcke-Niedenführ Bem. 4 zu § 294; Hirsch S. 352; Munk S. 62 f.; so auch Mot. II S. 70.

11) Oertmann Note 3 zu § 294; Kohler, Arch. S. 191; Stammler S. 152; Fischer-Henle Anm. 1 zu § 294; Henrici S. 131.

12) Hier konnte nach römischem Recht (vergl. l. 6 C. de us. 4, 32) und gemeinem Recht der Schuldner seine Leistungsbereitschaft zu gerichtlichem Protokolle dartun, was die gleiche Wirkung hatte, wie wenn dem Gläubiger selbst angeboten worden wäre. Mommsen S. 168 ff; Hirsch S. 210; Windscheid-Kipp S. 443; Munk S. 12; Rosenberg S. 159.

§ 130 bereits mit dem „Zugehen" der Sendung wirksam [13]). Ein derartiges tatsächliches Angebot vermag den Gläubiger ohne Rücksicht darauf, ob er davon wirklich Kenntnis genommen hat oder nicht, in Verzug zu setzen. Anders dagegen bei den reinen Bringschulden. Findet sich hier der Schuldner oder sein Vertreter persönlich beim Gläubiger am Erfüllungsorte ein, so liegt darin, auch wenn er den Leistungsgegenstand bei sich hat oder zu übergeben bereit ist, noch kein genügendes Angebot, das den Gläubiger in Verzug zu bringen geeignet wäre; denn dieses erfordert, wie wir oben gesehen haben, noch ein mehreres, nämlich die Erklärung der Leistungsbereitschaft gegenüber dem Gläubiger. Eine solche Erklärung kann aber, mag sie nun ausdrücklich oder durch konkludente Handlung erfolgen, nur dem anwesenden Gläubiger gegenüber abgegeben werden, der mithin von ihr Kenntnis nehmen muß. Sie ist unmöglich, wenn der Gläubiger ohne Vertretung abwesend ist. Damit ist ein wirksames tatsächliches Angebot in diesem Falle nicht möglich [14]). Man hat hieraus zu Unrecht die Unmöglichkeit eines Gläubigerverzuges überhaupt gefolgert und den Schuldner für diese Fälle auf den Weg der Hinterlegung nach Maßgabe des § 372 Satz 2, nötigenfalls des Selbsthilfeverkaufs gemäß § 383 „aus einem in der Person des Gläubigers liegenden Grunde" verwiesen [15]). Das Bürgerliche Gesetzbuch schließt in § 299 unter den dort bezeichneten Voraussetzungen einen Gläubigerverzug ausdrücklich nur für den Fall aus, daß der Gläubiger *vorübergehend* an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist. Bei dem Ausnahmecharakter dieser Bestimmung ergibt sich mittels argumentum e contrario ohne weiteres als Standpunkt des Gesetzes, daß es den Gläubigerverzug dann für gegeben erachtet, wenn der Gläubiger — wie das bei unbekannter Abwesenheit vom Leistungsorte ja der Fall

13) Planck, Erl. 2 zu § 294; Mittelstein a. a. O.

14) Ebenso Planck a. a. O.

15) So Hirsch a. a. O. und Rehbein S. 142, die bei unbekannter Abwesenheit des Gläubigers überhaupt kein Angebot und damit auch nicht einen Gläubigerverzug für möglich halten; Munk S. 63; Wentrup S. 25; Charmat S. 29.

ist —, dauernd oder wenigstens für eine nicht vorübergehende Zeit an der Annahme der Leistung verhindert ist, vorausgesetzt nur, daß ihm die Leistung gehörig angeboten worden ist. Eines Angebots überhaupt wird der Schuldner in diesem Falle keineswegs überhoben [16]). Vielmehr ist nunmehr, da dem Schuldner durch die Abwesenheit des Gläubigers vom Erfüllungsorte ein tatsächliches Angebot der Leistung vereitelt worden ist, zur Herbeiführung des Gläubigerverzuges ein wörtliches Angebot des Schuldners gemäß § 295 genügend, aber auch erforderlich. Und dies ist gerechtfertigt. Denn auch hier ist eine über die bloße Annahmetätigkeit hinausgehende Mitwirkung des Gläubigers zur Erfüllung insofern notwendig, als sich der abwesende Gläubiger zur Empfangnahme der Leistung am Erfüllungsorte, seinem Wohnorte einzufinden hat. Der Fall steht praktisch dem anderen gleich, in dem der Schuldner die Leistung zu bringen hat, der Gläubiger aber sich zur Entgegennahme der Leistung an einem als Erfüllungsort vereinbarten dritten Orte einzustellen hat. Es muß daher gemäß § 295 Satz 2 zur Inverzugsetzung des Gläubigers auch schon die Aufforderung des leistungsbereiten Schuldners an den Gläubiger genügen, entweder selbst oder durch einen legitimierten Vertreter zur Empfangnahme

---

16) Anderer Meinung Kohler, Arch. S. 191, 199. Auch nach v. Schey S. 119 ist bei schuldhafter Abwesenheit des Gläubigers eine „Oblation" zur Begründung der mora creditoris nicht erforderlich. — Wenn Kohler, Arch. S. 199 übrigens allgemein lehrt, daß ein Gläubigerverzug auch ohne jedes Angebot dann eintritt, wenn die Annahme oder eine die Leistung des Schuldners vorbereitende Annahmetätigkeit des Gläubigers unmöglich ist, so findet diese Ansicht im Gesetze keinen Anhalt. Auch die Unmöglichkeit der Annahme — während die Leistung möglich ist — macht ein Angebot nicht entbehrlich, und dieses führt trotz Unmöglichkeit der Annahme den Gläubigerverzug herbei, da ein Verschulden des Gläubigers dazu nicht erfordert wird. Nur ist in diesen Fällen, sofern es sich um die Leistung beweglicher Sachen handelt, der Schuldner, auch ohne den Gläubiger durch ein Angebot vorher in Verzug gesetzt zu haben, auf Grund von § 372 Satz 2 und § 383 Abs. 1 Satz 2 („aus einem in der Person des Gläubigers liegenden Grunde") zur Hinterlegung bezw. zum Selbsthilfeverkaufe berechtigt. Windscheid-Kipp S. 444; Eneccerus-Lehmann S. 496 Anm. 2; Planck, Erl. 2 zu § 295.

der Leistung am Erfüllungsorte zu erscheinen [17]). Findet sich daraufhin der Gläubiger dort ein, so muß ihm natürlich die Leistung nunmehr realiter angeboten werden. Das wörtliche Angebot wie die Aufforderung erlangen gemäß § 130 Abs. 1 BGB.s dadurch Wirksamkeit, daß sie dem Gläubiger „zugehen", also ohne Rücksicht darauf, ob er davon Kenntnis erhält oder nicht. Bei unbekanntem Aufenthalte des Gläubigers können beide Willenserklärungen auch gemäß § 132 Abs. 2 BGB.s durch öffentliche Zustellung erlassen werden. Aus alledem ergibt sich, daß von einem Gläubigerverzuge in den hier in Frage kommenden Fällen nur dann keine Rede sein kann, wenn es dem Schuldner überhaupt an jeder Angebotsmöglichkeit fehlt, so z. B. wenn über die Person des Gläubigers Ungewißheit besteht und das Gericht die öffentliche Zustellung des Angebots nicht bewilligt [18]). Aber auch für solche Fälle kommt die Rechtsordnung dem Schuldner zu Hilfe, indem sie ihm, sofern es sich um eine Gegenstandsschuld handelt, die Möglichkeit der Hinterlegung nach Maßgabe des § 372 Satz 2, unter Umständen auch der Versteigerung und des Selbsthilfeverkaufs gemäß § 383 ff. gewährt.

Wie aus dem Inhalte und Zusammenhange der §§ 294 und 295 hervorgeht, betrachtet das Bürgerliche Gesetzbuch das tatsächliche Angebot als den Regelfall, das wörtliche Angebot dagegen als die Ausnahme. Man [19]) hat gemeint, diese Ausnahmestellung sei nur eine scheinbare und hat dies aus § 269 entnehmen wollen, wonach Verbindlichkeiten, abgesehen von Geldschulden (§ 270), grundsätzlich als Holschulden angesehen werden sollen. Mit Unrecht, denn Geld- (d. h. Bring-) Schulden bilden im Leben die überwiegende Zahl aller Schulden [20]), und auch sonst wird in der Mehrzahl der Fälle der Schuldner zuerst mit seiner Tätigkeit beginnen, also insofern realiter anbieten müssen.

---

17) Ebenso Windscheid-Kipp S. 443; Eneccerus-Lehmann S. 496 Anm. 3; Planck a. a. O.; Mittelstein S. 266 Anm. 1.

18) Crome S. 152.

19) Munk S. 66; Hirsch S. 245.

20) So Hellmann in der Krit. Viert. Schr. Jahrg. 1900. 3. F. Bd. 6. S. 76.

§ 12.

4. Wörtliches Angebot.

Das wörtliche Angebot des § 295 besteht in der Erklärung des Schuldners an den Gläubiger, daß er zur Erfüllung bereit und imstande sei, wenn der Gläubiger die von seiner Seite erforderliche Mitwirkung vornimmt. Es stellt sich damit dar als eine gegenüber einem Andern abzugebende Willenserklärung, also als eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne der §§ 130—132 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Demnach wird es gemäß § 130 Abs. 1 mit dem Zeitpunkte wirksam, in dem es dem Gläubiger „zugeht". Gleichgültig ist, ob er davon Kenntnis erhält oder nicht; entscheidend ist nur der Umstand, daß ihm in verkehrsüblicher Weise die Möglichkeit gewährt worden ist, von dem Angebote Kenntnis zu nehmen — sog. Empfangstheorie. Ist der Gläubiger ohne Vertreter unbekannt abwesend, so kann ihn der Schuldner sogar durch öffentliche Zustellung des Angebots gemäß der Vorschrift des § 132 Abs. 2 in Verzug setzen. Danach hat die Zustellung nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung (§§ 203 ff.) zu erfolgen, d. h. durch Anheftung an die Gerichtstafel, zweimalige Einrückung eines Auszuges des das Angebot enthaltenden Schriftstückes in das Amtsblatt des Ladungsgerichts [1]) und einmalige Einrückung des Auszuges in den Deutschen Reichsanzeiger (§ 204 CPO.). Das Angebot gilt als an dem Tage zugestellt, an dem seit der letzten Einrückung des Auszuges in die öffentlichen Blätter ein Monat verstrichen ist (§ 206 CPO.). Mit diesem Zeitpunkte ist freilich nur das Angebot zugestellt. Der Annahmeverzug tritt erst mit dem Augenblicke ein, wo der Gläubiger auf das Angebot hin die erforderliche Mitwirkung, für die ihm der Schuldner nach Treu und Glauben einen nach dem Umfange der Mitwirkung zu bemessenden Zeitraum lassen muß, unterläßt.

---

1) Zuständig für die Bewilligung der öffentlichen Zustellung ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Gläubiger den letzten Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes den letzten Aufenthalt hatte. § 132 Abs. 2 Satz 2 BGB.s.

Ist das Angebot als solches stets Rechtsgeschäft? Die herrschende Lehre [2]) bejaht die Frage schlechthin und fordert konsequenterweise in allen Fällen zum Angebote die Geschäftsfähigkeit des Schuldners, so daß bei dessen Geschäftsunfähigkeit nur das Angebot seines gesetzlichen Vertreters zulässig ist [3]). Diese Ansicht ist jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Sie wäre es nur dann, wenn jeder Leistungsakt als solcher Rechtsgeschäft wäre. Gewiß wird in der weitaus größten Zahl von Fällen die Leistung und damit auch das Leistungsangebot rechtsgeschäftlicher Natur sein. Zweifellos aber gibt es Erfüllungshandlungen, die des rechtsgeschäftlichen Charakters auch dann entbehren, wenn eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich ist; man denke nur an die rein tatsächlichen Dienstleistungen. Sie kann auch der geschäftsunfähige Schuldner vornehmen. Es ist nun nicht einzusehen, warum in Fällen solcher Art, wo der Mangel der Geschäftsfähigkeit ein Hindernis für die persönliche Bewirkung der Leistung nicht bildet, nicht auch der geschäftsunfähige Schuldner die Leistung soll rechtswirksam anbieten können. Man käme sonst zu dem merkwürdigen Resultate, daß das bloße Angebot der Leistung Gültigkeitserfordernisse aufweisen müßte, die der Leistung selbst als solcher nicht zukommen. Dann ist aber das Angebot des Geschäftsunfähigen, da ihm der erforderliche Geschäftswille fehlt, kein Rechtsgeschäft, das wörtliche Angebot insbesondere keine Willenserklärung im technischen Sinne; immerhin ist sie aber „empfangsbedürftig" im Sinne der §§ 130 ff. und man wird daher die Vorschriften dieser Paragraphen darauf entsprechend anwenden müssen [4]).

Das Gesetz erachtet in § 295 ein wörtliches Angebot des Schuld-

---

2) Mot. I S. 139; Goldmann-Lilienthal S. 349; Türcke-Niedenführ Bem. 2 zu § 295; Planck Erl. 5 zu § 295; Staudinger Bem. 3 zu § 295; Schollmeyer S. 138; Munk S. 64; Rosenberg S. 157.

3) Rosenberg S. 168; Planck a. a. O.

4) Ebenso Breit S. 230; Oertmann Noten 1 und 3 zu § 294; Kohler, bürgerl. R. S. 199, der freilich zu weit geht, wenn er im Angebote niemals ein Rechtsgeschäft sieht. — Die obigen Ausführungen haben sinngemäß auch für die „Ankündigung" des § 299 (vergl. oben § 10) zu gelten.

ners[5]) für genügend, wenn entweder 1. der Gläubiger ihm erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde oder wenn 2. zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist. Als besonderen Fall der letzteren Art hebt es die Holschuld hervor. Wie sich aus dem folgenden ergeben wird, haben diese Gesetzesvorschriften einen sehr verschiedenen Charakter, namentlich was den Umfang der dem Angebote zugrunde liegenden Leistungsbereitschaft des Schuldners anbelangt.

I. „Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde".

Mit dieser Bestimmung, die vorzugsweise von praktischer Bedeutung wird für den Fall einer Bringschuld, entbindet das Gesetz den Schuldner von einem tatsächlichen Angebote, und erachtet ein wörtliches Anbieten dann für ausreichend, wenn der Gläubiger[6]) ihm vor der Realoblation im voraus erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen wolle. Aus dem Gebrauche des Perfektums „erklärt hat", wie aus dem ganzen Sinne der Vorschrift ergibt sich, daß das wörtliche Angebot des Schuldners zeitlich der Annahmeweigerungserklärung des Gläubigers nachfolgen muß. Ein vorher erfolgtes wörtliches Angebot des Schuldners reicht daher zur Inverzugsetzung des Gläubigers nicht aus[7]). Die Annahmeverweigerung braucht nicht durch eine ausdrückliche Erklärung zu erfolgen[8]); es genügt vielmehr jede Erklärung des Gläubigers, aus der unzweideutig hervorgeht, daß er die Leistung nicht annehmen werde. Sie wird regelmäßig in Ausdrücken des Gläubigers zu finden sein, wie etwa: er halte sich an den Vertrag nicht gebunden, er trete vom Vertrage zurück, er erachte das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen die Leistung geschuldet wird, für unwirksam, und in ähnlichen Erklärungen des

---

5) Nicht auch eines Dritten. Vergl. oben § 6.

6) Die Ablehnungserklärung kann ebenso jeder abgeben, dem mit Wirksamkeit für den Gläubiger angeboten werden kann, insbesondere der Vertreter des Gläubigers oder ein Gesamtgläubiger. Rosenberg S. 195.

7) Planck Erl. 1 zu § 295; Staudinger Bem. 1a zu § 295; RG. Bd. 50 S. 208, 210. Anderer Meinung Dernburg, bürg. R. S. 194 Anm. 6.

8) Anderer Meinung Mommsen S. 144.

Gläubigers mehr [9]). Die Erklärung muß dem Schuldner selbst oder seinem Vertreter gegenüber abgegeben sein. Mitteilungen an Dritte oder gar ein bloßes allgemeines Verhalten, etwa Deckung seines Bedarfs bei anderen, reichen nicht aus [10]). Ob im einzelnen Falle in dem Schweigen des Gläubigers auf die Frage des Schuldners, ob er die Leistung annehmen werde, eine Annahmeverweigerung erblickt werden kann, ist eine aus den Umständen des Falles zu beantwortende Tatfrage [11]). Daß die Erklärung ernstlich gemeint, bestimmt und endgültig sein muß, nicht etwa im Sinne einer „bloß vorläufigen Meinungsäußerung", worauf Windscheid [12]) besonders Gewicht legt, erscheint selbstverständlich. Es sind dies Erfordernisse, die zum Begriffe jeder rechtlichen Willenserklärung gehören. Denn auch die antizipierte Annahmeweigerung des Gläubigers stellt sich dar als eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung rechtsgeschäftlichen Charakters [13]), auf die die §§ 130—132 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung finden. Sie fordert daher unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des Erklärenden [14]). Doch wird man sie, wenngleich auch das Gesetz hierüber nichts sagt, für jederzeit widerruflich erachten müssen; denn der Gläubiger geht durch sie seines Rechtes auf die Leistung noch nicht verlustig. Widerruft daher der Gläubiger rechtzeitig, so ist nunmehr der Schuldner gehalten, die Leistung tatsächlich anzubieten [15]).

Da nach § 298 bei gegenseitigen Schuldverhältnissen der Gläubiger schon dann in Verzug kommt, wenn er zwar zur Annahme der ihm angebotenen Leistung, nicht aber gleichzeitig zu der ihm obliegenden Gegenleistung bereit ist, so steht der Erklärung der Nichtannahme die Erklärung des Gläubigers gleich, daß er die Gegen-

---

9) Planck a. a. O.; Dernburg a. a. O. S. 194 fg.

10) Oertmann Bem. 1a zu § 295.

11) Mot. II S. 71; Goldmann-Lilienthal S. 349.

12) Windscheid-Kipp § 345 Anm. 5.

13) Dies ist bestritten. Dafür Planck a. a. O.; Staudinger Bem. 3 zu § 295; Breit S. 195; Goldmann-Lilienthal a. a. O. Dagegen Oertmann a. a. O. (gegen seine erste Auflage).

14) Endemann S. 787 Note 9; so auch Oertmann a. a. O.

15) Mot. a. a. O.; Planck a. a. O.; Oertmann a. a. O.

leistung nicht vornehmen werde. Erklärt also z. B. in den Fällen des § 273 Abs. 3 oder des § 321 BGB.s, wo der Schuldner nur gegen Sicherheitsleistung zu erfüllen braucht, der Gläubiger im voraus ausdrücklich, daß er die Sicherheit nicht bestellen werde, so ist ebenfalls nur ein wörtliches Angebot des Schuldners erforderlich.

Der Grund, warum das Gesetz den Schuldner von dem tatsächlichen Angebote entbindet, ist einleuchtend. Es wäre geradezu widersinnig und wirtschaftlich bedenklich, wollte man den Schuldner, dem der Gläubiger kategorisch erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, zumuten, trotzdem noch die zu einem tatsächlichen Leistungsangebote erforderlichen, vielleicht kostspieligen und mit einem großen Aufwande von Zeit und Arbeitskräften verknüpften Aufwendungen zu machen, die doch ersichtlich unnütz und vergeblich wären. Man würde dadurch dem Schuldner ein Verhalten aufzwingen, das nicht nur seinen, sondern auch den Interessen des Gläubigers wenig entsprechen dürfte; müßte dieser doch schließlich für solche Aufwendungen nach § 304 aufkommen. Zudem erscheint es nur billig, den Gläubiger an seiner Erklärung festzuhalten, so lange er sie nicht widerruft. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sich der Gläubiger unter solchen Umständen darauf berufen wollte, daß ihm der Schuldner nicht tatsächlich, sondern nur wörtlich angeboten habe [16]).

Ein wörtliches Angebot aber erachtet das Gesetz in diesen Fällen im Gegensatze zu einer im gemeinen Rechte weitverbreiteten Anschauung [17]) mit Recht für erforderlich. Kohler [18]) will den Grund hierfür darin finden, daß die Weigerung des Gläubigers anzunehmen möglicherweise keine fortdauernde definitive, vielleicht nur die Ausgeburt schlechter Stimmung und übler Laune gewesen sei, weshalb man ihn nicht ohne weiteres an seiner Äußerung festhalten dürfe; und meint weiter: in anderen Lebensverhältnissen, wo es nach einmaliger Weigerung des Gläubigers eines wörtlichen Angebots nicht

16) Mot. a. a. O.; Schollmeyer S. 138 unter b, α; Planck a. a. O.; Dernburg, bürg. R. S. 194; Kohler, Jahrb. S. 401.

17) Vergl. die oben in § 4 Anm. 4 zitierten Schriftsteller.

18) Kohler, Arch. S. 187 fg.; ihm folgen Munk S. 67, Wentrup S. 28.

mehr bedürfe, wie beim Werk- und Dienstvertrage im Falle ungerechtfertigter Kündigung, sei das Institut der Kündigung so durchaus üblich, daß, wer kündigt, sich der vollen Tragweite dieser rechtsgeschäftlichen Erklärung bewußt sein müsse, es also nicht zu unterstellen sei, daß die Äußerung bloß momentane Anwandlung sei. Man wird diesen Deutungsversuch Kohlers nicht als gelungen bezeichnen können. Zutreffend weist Romeick [19]) darauf hin, daß die Vorfrage, ob eine Äußerung eine ernstliche Willenserklärung sei, stets zuvor beantwortet werden müsse, gleichviel, ob es sich um eine Kündigung oder um eine nicht zugleich eine Kündigung darstellende Annahmeweigerung handelt, und daß, wer eine Äußerung tut, die nach dem Wortlaute, nach den begleitenden Umständen oder nach der Verkehrssitte als ernstliche Willenserklärung angesehen werden mußte — und die tägliche Erfahrung im Geschäftsverkehre lehrt, daß dies ganz besonders für Annahme- und Leistungsverweigerungen zutrifft — sich nicht darauf berufen könne, diese seine Äußerung sei nur eine Ausgeburt seiner damaligen schlechten Stimmung oder üblen Laune. Der wahre Grund, warum das Gesetz in § 295 nach und trotz der Annahmeweigerung des Gläubigers noch ein wörtliches Angebot des Schuldners für erforderlich, aber auch für genügend erachtet, ist mit Romeick [20]) vielmehr darin zu erblicken, daß der endgültigen Erklärung des Gläubigers eine endgültige Erklärung des Schuldners korrespondieren muß. „Gerade das entspricht dem treugläubigen Verkehr, daß jeder Teil über den endgültigen Entschluß des anderen Teils unterrichtet sein muß." Erklärt also — um ein Beispiel Romeicks zu gebrauchen — der Käufer, der den Kaufpreis bereits bezahlt hat, dem Verkäufer, der ihm am 1. März Lieferung auf 1. April in Stuttgart angekündigt hat, am 3. März, daß er am 1. April in Stuttgart nicht annehmen werde, weil der Verkäufer erst am 1. Mai zu liefern habe, oder weil er zwar am 1. April, aber nicht in Stuttgart, sondern in Königsberg zu liefern habe [21]), so könnte ein Schwei-

---

19) Romeick S. 88 fg.

20) a. a. O. S. 89.

21) Um die Anwendung des § 296 auf diesen Tatbestand auszuscheiden, soll der Fall einer Bringschuld unterstellt werden.

gen des Verkäufers auf diese Annahmeverweigerung hin sogar als eine Zustimmung erscheinen und jedenfalls vom Käufer so gedeutet werden. Aus gutem Grunde also verlangt das Gesetz in solchen Fällen den Austausch endgültiger Erklärungen der Beteiligten. Ist dieser Austausch aber erfolgt, — hat im unterlegten Falle der Verkäufer auf die am 3. März ihm zugegangene Annahmeverweigerung noch am gleichen Tage dem Käufer erklärt, daß er auf der Lieferung der Waren bestehe und so, wie angekündigt, liefern werde —, so braucht der Verkäufer am 1. April die Waren nicht nochmals wörtlich anzubieten, sondern kann sofort die ihm aus dem Annahmeverzuge nach §§ 372, 383 BGB.s bezw. § 373 HGB.s entspringenden Rechte geltend machen. Es ergibt sich also: Das wörtliche Angebot des Schuldners braucht nicht erst bei Fälligkeit, es kann schon vorher, es kann sofort auf die Annahmeweigerung des Gläubigers hin — natürlich für den richtigen Termin und den richtigen Ort — erfolgen und braucht in diesem Falle zur Erfüllungszeit nicht wiederholt zu werden, selbst dann nicht, wenn für die Leistung ein Termin bestimmt war, sofern nicht der Gläubiger bis dahin seine Erklärung widerrufen hat. Ist dies geschehen, so muß der Schuldner tatsächlich anbieten; hat sich der Gläubiger bis dahin nicht zur Empfangnahme der Leistung bereit erklärt oder seine Annahmeweigerung zurückgenommen, so kommt er ohne weiteres in Verzug, sobald der Schuldner zu leisten berechtigt ist, und der Schuldner kann die ihm für diesen Fall zustehenden Rechte ausüben [22]). Wenn eine vielfach vertretene Ansicht [23]) trotzdem noch ein wörtliches Angebot des Schuldners im Zeitpunkte der Fälligkeit verlangt mit der Begründung, daß der Gläubiger bis dahin seine Meinung geändert haben könne, so ergibt sich bereits aus den vorstehenden Ausführungen, daß der

22) Kohler Arch. S. 197; Romeick S. 90; Planck Erl. 1 a. E. zu § 295. — Kohler empfiehlt dem Schuldner, mit dem wörtlichen Angebote dem Gläubiger zugleich eine Frist zu setzen, um zu wissen, ob er auf der Weigerung bestehe, nach deren Ablaufe, wenn der Gläubiger seine Weigerung nicht zurückgenommen hat, alle Voraussetzungen des Gläubigerverzuges gegeben sein sollen.

23) So z. B. Schollmeyer a. a. O.; Endemann S. 787 Note 9; Wachsner S. 11; so auch die Mot. II S. 71/2.

Gläubiger sich auf diesen Umstand nicht berufen kann; er bleibt an seine Erklärung gebunden, solange er sie nicht widerruft, und muß sie gegen sich gelten lassen [24]).

Ist einer solchen unzweideutigen Annahmeweigerung des Gläubigers gegenüber noch erforderlich, daß sich der Schuldner in Leistungsbereitschaft versetze? M. a. W. gehört in diesem Falle zum wörtlichen Angebote des Schuldners dessen Leistungsbereitschaft? Diese Frage ist sehr bestritten. Die im gemeinen Rechte in der Literatur älterer und neuerer Zeit weitaus überwiegende und von der Praxis höchster Gerichte, insbesondere des Reichsoberhandelsgerichts, in zahlreichen Entscheidungen anerkannte Lehre [25]) faßte die Befreiung des Schuldners von der Realoblation im Falle vorheriger Annahmeweigerung des Gläubigers dahin auf, daß der Schuldner durch die Erklärung der Nichtannahme lediglich vom Kommen und Bringen des Leistungsgegenstandes entbunden sei, im übrigen aber trotz der Erklärung des Gläubigers den Schuldgegenstand zur Abholung bereit halten sollte. Leist [26]) faßt dies kurz dahin zusammen: „der kommpflichtige Kontrahent wird durch die vorgängige Weigerung des Gegners in die Lage eines erwartungspflichtigen Kontrahenten versetzt." Diese Auffassung, die auch für das Bürgerliche Gesetzbuch noch vielfach vertreten wird [27]), zumal da sie auch in den Vorarbeiten des Gesetzes [28]) zum Ausdrucke gebracht

---

24) Mommsen a. a. O.; Hirsch S. 208.

25) Zu vergl. Rosenberg S. 192 und die dort in Anmerkung 13 aufgeführten Schriftsteller und Entscheidungen; Leist im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 83 S. 191 fg.; 203 ff.

26) Leist S. 192, 203.

27) Hirsch S. 249; Endemann a. a. O.; Schollmeyer S. 139; Staub, Komm. z. HGB. Anm. 13 zu § 373; Munk S. 68.

28) Prot. I S. 1231 und Mot. II S. 71: „eine weitere und zwar positive Ausnahme von dem Prinzipe der Realoblation setzt der Entwurf (§ 255 Abs. 2 Nr. 1) für den Fall, wenn der Gläubiger dem Schuldner vor der Realoblation im voraus erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde. Solchenfalls muß neben dem wirklichen Leistungsvermögen des Schuldners das wörtliche Anbieten der Leistung genügen. In Betracht kommen hierbei vorzugsweise die Fälle, wenn

ist, verlangt also zweifellos volle, tatsächliche Erfüllungsbereitschaft des Schuldners. Doch gelangt man mit ihr zu höchst unbefriedigenden Ergebnissen; denn wendet man sie auf den Fall der Holschuld an, wo ein Überbringen des Leistungsgegenstandes nicht in Frage kommt und demzufolge ein wörtliches Angebot genügt, so ergibt sich, daß hier der Schuldner trotz der Erklärung der Nichtannahme ebenso leistungsbereit sein muß, wie wenn der Gläubiger diese Erklärung nicht abgegeben hätte. Die offenbare Unbilligkeit dieser Anschauung hat manche Schriftsteller veranlaßt, den Schuldner von einer Oblation überhaupt[29]) und damit von der Leistungsbereitschaft selbst[30]) zu befreien. Dieser Ansicht liegt ein richtiger Gedanke insofern zugrunde, als man dem Schuldner, dem der Gläubiger im voraus erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, Erleichterungen bezüglich seiner Leistungsbereitschaft gewähren muß, sie geht aber zu weit, wenn sie von der Leistungsbereitschaft ganz absieht. Zudem dürfte sie kaum dem Standpunkte des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechen, denn es setzt in § 297 zum wörtlichen Angebote des § 295 zweifellos Leistungsbereitschaft des Schuldners voraus. Aber diese braucht im Falle vorheriger Annahmeverweigerung des Gläubigers

---

der Schuldner dem Gläubiger eine bewegliche Sache zu überbringen oder eine Handlung an einem bestimmten Orte vorzunehmen hat".

29) Vergl. oben § 4 Anm. 4.

30) Windscheid-Kipp S. 443; Koch, mora creditoris, S. 18; Leiden S. 29; Kohler, Jahrb. S. 401, der allerdings seine Ansicht nicht unerheblich modifiziert, indem er bei antizipierter Annahmeweigerung einen Gläubigerverzug nur dann eintreten läßt, „wenn der Schuldner vor dieser kategorischen Annahmeweigerung das getan hatte, was ihm oblag", und „wenn es sicher ist, daß der Schuldner die ihm obliegende Verpflichtung nicht hätte erfüllen können, so insbesondere, wenn ihm Fähigkeit, Kräfte oder Mittel dazu gefehlt hätten". Im Arch. f. bürg. R. Bd. 13 S. 196 schränkt Kohler seine Lehre schließlich so ein, daß er unserem Standpunkte sehr nahe kommt. Er ist hier nämlich der Ansicht, daß „es genügt, wenn der Schuldner in der Lage war, sich in die Erfüllungsbereitschaft zu versetzen, so daß die Annahmeverweigerung des Gläubigers nicht in dem mangelnden Vorbereitetsein des Schuldners ihren Grund hat". Ähnlich Wachsner S. 12 und Charmak S. 36.

keine volle, tatsächliche, sondern nur eine erheblich geminderte zu sein. Hierfür sprechen die bereits oben angeführten wirtschaftlichen Gründe und Billigkeitserwägungen. Es wäre in der Tat ebenso eine unnütze Vergeudung von Zeit und Menschenkräften, wie ein unbilliges Verlangen an den Schuldner, wollte man ihn der kategorischen Annahmeweigerung des Gläubigers gegenüber nötigen, noch umfangreiche und kostspielige Vorbereitungen zur Leistung zu treffen oder die Leistung vollständig fertig zu stellen, da es doch sicher ist, daß der Gläubiger die Leistung nicht annehmen werde. Zutreffend bemerkt das Reichsoberhandelsgericht in einer Entscheidung [31]): „Diese ernstliche antizipierte Abnahmeweigerung entbindet den Verkäufer von der Verpflichtung der Anwendung fernerer Tätigkeit zur Herbeiführung der Vertragserfüllung, da diese ersichtlich eine nutzlose sein würde." „Oder wer wollte" — so führt Rosenberg [32]) mit Recht aus — „es dem Schuhmacher verargen, dem sein Kunde erklärt hat, er werde die bestellten Stiefel nicht annehmen, wenn er andere dringende Arbeit vornimmt und so die Stiefel des Kunden am festgesetzten Tage nicht liefern kann? Zweifellos ist er erfüllungsbereit, wenn er nach Lage der Dinge zur Ablieferung der Stiefel im Stande gewesen wäre. Und soll hier ein Unterschied bestehen, ob der Schuster dem Kunden die Stiefel zu schicken hat, oder ob verabredet ist, dieser solle sie bei ihm anziehen und die alten Stiefel zur Reparatur zurücklassen? Doch gewiß nicht!" Und ebenso wird man Kohler beistimmen müssen, wenn er die Frage aufwirft [33]): „Oder soll etwa der Architekt, nachdem ihm der Bauherr kategorisch abgeschrieben hat, nichts destoweniger pro forma mit ein paar Dutzend Arbeitern und Gesellen, mit Schaufel, Karst, Hacke und mit ein paar Steinfuhren an Ort und Stelle einrücken, um so bewaffnet eine offizielle Abwehrung entgegenzunehmen — gewiß eine hübsche Illustration für die Fliegenden Blätter, aber keine Handlung, welche das Recht verlangen darf." Auch hier muß es genügen, daß es dem Baumeister möglich gewesen wäre, den Bau rechtzeitig zu beginnen, wenn der

31) ROHG. Bd. 10 S. 241.
32) Rosenberg S. 194.
33) Kohler, Jahrb. a. a. O.

Bauherr ihm nicht abgeschrieben hätte[34]). Hatte also der Schuldner bis zur Annahmeweigerung des Gläubigers alles getan, was er hätte tun können, und ergibt die Sachlage, daß er nach Fähigkeit, Mitteln und Kräften die Leistung vertragsmäßig, insbesondere rechtzeitig[35]) hätte fertigstellen können, so ist es klar, daß, wenn nunmehr der Schuldner auf die Erklärung des Gläubigers hin von einer ferneren Tätigkeit zur Vertragserfüllung absieht, die Nichterfüllung nicht an dem Gläubiger liegt, der den Schuldner durch seine Erklärung zur Aufgabe der Tätigkeit veranlaßte. Und damit ist nunmehr für den Schuldner die Möglichkeit gegeben, auch ohne daß er die Leistung erst fertiggestellt hat, durch ein bloß wörtliches Angebot den Gläubiger in Verzug zu setzen. Würde dieser ihn trotz seiner Ablehnungserklärung wegen Nichterfüllung des Vertrages belangen wollen, so würde dem eine exceptio doli entgegenstehen, die bewirkt, daß der Schuldner nicht in Verzug geraten konnte[36]).

Nach alledem bestimmen wir den Umfang der Leistungsbereitschaft, deren der Schuldner zu seinem wörtlichen Angebote bedarf, dahin: Der Schuldner ist *leistungsbereit, wenn er ohne die Annahmeweigerungserklärung des Gläubigers imstande gewesen wäre, die Leistung vertragsmäßig zu bewirken*[37]). Die entstandenen Zweifel mögen ihren Grund in der technisch nicht ganz klaren Fassung des § 295 haben. Er enthält die zahlreichen und überaus verschiedenartigen Fälle des wörtlichen Angebots, die naturgemäß aus den verschiedensten Erwägungen hervorgegangen sind. Beruht die Be-

---

34) Leist S. 212 will in diesem Falle den Verzug des Gläubigers auch ohne die Erfüllungsbereitschaft des Schuldners eintreten lassen, und zwar deshalb, weil hier der Gläubiger durch seine Erklärung dem Schuldner die Vorbereitung seiner Leistung unmöglich gemacht habe.

35) Lehnt daher der Gläubiger eine Leistung im voraus ab, die doch nicht mehr bis zum Erfüllungstermin fertiggestellt werden kann, weil der Schuldner zu spät damit begonnen hat, so ist seine Annahmeweigerung gerechtfertigt und deshalb nicht geeignet, ihn in Verzug zu bringen. Der Schuldner wird dadurch eines tatsächlichen Angebots nicht überhoben. Kohler, Jahrb. S. 402 und Arch. S. 196; Rosenberg S. 196.

36) Schollmeyer S. 139.

37) Ebenso Rosenberg a. a. O.; Oertmann Erl. zu § 297.

stimmung, daß ein wörtliches Angebot genügt, wenn der Gläubiger dem Schuldner im voraus seine Annahmeweigerung erklärt hat, auf den oben dargelegten Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsrücksichten, so folgt die weitere Vorschrift des § 295, — der wir uns nunmehr zuwenden —, daß ein wörtliches Angebot genügt, wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, aus der Natur eines Schuldverhältnisses dieser Art.

II. „Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat."

Ihrer Natur nach kann diese Gesetzesbestimmung sich nur auf die Schuldverhältnisse beziehen, bei denen die zur Erfüllung erforderliche Tätigkeit des Schuldners durch eine vorherige oder gleichzeitige mitwirkende Tätigkeit des Gläubigers bedingt ist, ohne die der Schuldner den Leistungsakt von seiner Seite entweder nicht zu beginnen oder nicht zu beendigen vermag. Sie findet demgemäß keine Anwendung in den Fällen, wo der Schuldner alles seinerseits Erforderliche tun konnte und nun die Erfüllung nur daran scheitert, daß der Gläubiger die Leistung nicht annimmt. Man hat daher unter der „zur Bewirkung der Leistung erforderlichen Handlung" des Gläubigers jede Mitwirkung des Gläubigers zu verstehen, die über die bloße Annahme der angebotenen Leistung hinausgeht. Wollte man übrigens die bloße Annahmetätigkeit des Gläubigers zu den „Hülfshandlungen" [38]) des Gläubigers im Sinne des § 295 rechnen und deshalb etwa in den Fällen, wo es nur dieser bedarf, den § 295 anwenden, so wäre die Vorschrift des § 294 mit ihrem Erfordernisse des tatsächlichen Angebots völlig gegenstands- und zwecklos, da ja, wie schon mehrfach erwähnt, überhaupt von einem Gläubigerverzuge nicht die Rede sein kann, wo es keiner Annahmetätigkeit des Gläubigers bedarf.

Dem Angebote der Leistung stellt das Gesetz in den hierher gehörenden Fällen die Aufforderung an den Gläubiger gleich,

38) Crome S. 146.

die erforderliche Handlung vorzunehmen (§ 295 Satz 2). Mit Recht. Denn in einer solchen Aufforderung ist zugleich die Erklärung der Leistungsbereitschaft des Schuldners, also eine Verbaloblation enthalten. Sollte freilich im einzelnen Falle der Schuldner mit seiner Aufforderung einen anderen Zweck verfolgen als den, seiner Leistungspflicht zu genügen — wofür den Gläubiger die Beweislast trifft — so würde sie natürlich nicht genügen, den Gläubiger in Verzug zu setzen [39]).

Die Aufforderung stellt sich wie das Verbalangebot als eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung dar, auf die die Vorschriften der §§ 130—132 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung finden. Hinsichtlich der bestrittenen Frage, ob sie stets rechtsgeschäftlichen Charakter hat, gelten dieselben Grundsätze, wie sie oben für das Angebot ausgeführt worden sind.

Aus dem Gesichtspunkte von Treu und Glauben ergibt sich, daß dem Gläubiger zur Vornahme der von ihm erforderten Tätigkeit ein den Umständen nach angemessener Zeitraum zur Verfügung stehen muß. Erst nach Ablauf dieses Zeitraums, der nach dem Umfange der Mitwirkung zu berechnen ist, gerät er in Verzug. Der Schuldner, der dem Gläubiger wörtlich angeboten oder ihn zur Vornahme der erfüllungsermöglichenden Handlung aufgefordert hat, muß daher nachher noch den Ablauf dieser Frist abwarten, ehe er die Rechte aus dem Gläubigerverzuge geltend machen kann, es sei denn, daß ihm schon vor dem Ablaufe der Frist der Gläubiger die Verweigerung seiner Mitwirkung erklärt hätte, in welchem Falle der Verzug des Gläubigers schon mit dem Zugehen dieser Erklärung eintritt [40]).

Die in § 295 vorausgesetzte Mitwirkung des Gläubigers ist nun überaus verschieden, je nach dem Inhalte des einzelnen Schuldverhältnisses. Es gehören hierher zunächst alle die Fälle, in denen der Gläubiger tätig werden muß, *bevor* der Schuldner mit der Leistung *beginnen* kann. So beispielsweise, wenn der Gläubiger die Höhe seiner Forderung erst durch eine dem Schuldner mitzu-

---

39) Schollmeyer S. 140; Planck Erl. 4 zu § 295; Staudinger Bem. 1a zu § 295; Crome S. 151.

40) Oertmann Note 2 zu § 295; Rosenberg S. 212.

teilende Abrechnung klarzustellen hat. Solange er dies unterläßt und der Schuldner auch nicht selbst den Betrag der Schuldsumme auszumitteln vermag, ist ein tatsächliches Leistungsangebot ausgeschlossen und genügt daher zur Inverzugsetzung des Gläubigers ein wörtliches Angebot oder die Aufforderung an den Gläubiger, die Rechnung aufzumachen [41]).

Ein anderer Fall derselben Art liegt vor bei der Wahlschuld, wenn dem Gläubiger die Wahl unter mehreren Gegenständen zusteht. Da der Schuldner nur den einen oder den anderen Gegenstand, nicht aber beide Objekte zu leisten hat, so muß der Gläubiger, um ihm die Leistung überhaupt zu ermöglichen, erst die Wahl vorgenommen haben. Demnach kommt er in Annahmeverzug bezüglich der ganzen Leistung [42]), wenn der Schuldner sich auf die vorgängige Wahl hin zur Leistung bereit erklärt oder ihn zur Wahl auffordert und er dieser Aufforderung nicht nachkommt.

Des weiteren gehört hierher der Fall des sog. Spezifikationskaufes, d. i. eines Genuskaufes, bei welchem dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten ist. Ein solcher kommt namentlich häufig im Eisen- und Holzhandel [43]) so vor, daß eine Quantität Eisen oder Holz nach einem sog. Grundpreise mit der Bestimmung verkauft wird, daß der Käufer die Formen und Dimensionen der zu liefernden Ware nach Maßgabe

---

41) Erkenntnis des obersten Gerichtshofes für Bayern vom 1. 4. 1878 in Seuff. Arch. Bd. 34 Nr. 102 S. 156. — Kohler, Arch. S. 188 gewährt in diesem Falle dem Schuldner eine Feststellungsklage zwecks Fixierung der Schuldhöhe.

42) Anderer Meinung Bernstein S. 20 fg., der behauptet, daß „solange der Gläubiger nicht wähle, von einer mora creditoris nicht die Rede sein könne". Er steht mit dieser Anschauung auf dem Boden der irrigen, insbesondere von Römer, Abhandlungen S. 139 ff. verfochtenen Lehre, die zur Inverzugsetzung des Gläubigers stets ein Angebot der Erfüllung, also der vollen Leistung erfordert und demgemäß in Fällen der vorliegenden Art nur einen Verzug in der Mitwirkung, keinen Annahmeverzug für vorliegend erachtet. Vergl. oben § 4 Anm. 5.

43) Doch findet sich der Spezifikationskauf auch auf anderen Gebieten des Handelsverkehrs, z. B. im Garnhandel. Vergl. RG. Bd. 26 Nr. 39 S. 213.

einer vereinbarten „Überpreisskala“ zu spezifizieren habe [44]). Auch hier ist der Schuldner nicht in der Lage, anders anzubieten, als daß er sich bereit erklärt, auf vorgängige Spezifikation des Gegners liefern zu wollen.

Ähnlich liegt der Fall, wenn der Käufer vereinbarungsgemäß nähere Bestimmungen über Verpackung, Transportweg, Versendung der Waren zu treffen oder wenn er die Waren „abzurufen“ hat. Er kommt daher in Annahmeverzug, wenn er auf das wörtliche Angebot oder die Aufforderung des Verkäufers „Absendungsorder“ zu erteilen oder „abzurufen“ die gekennzeichnete Tätigkeit unterläßt [45]).

Nicht minder gehören hierher die überaus mannigfachen Fälle der Gläubigertätigkeit beim Dienstvertrage, beim Werklieferungsvertrage, beim Werkvertrage: Der Dienstherr hat den Dienstboten in Haus und Küche aufzunehmen; der Besteller eines Kleidungsstückes hat sich zur Anprobe beim Schneider einzufinden; der Besteller eines Werkes hat die erforderlichen Anweisungen zu geben; er hat bestimmungsmäßig das Material zu liefern; der Bauherr hat dem Architekten das Betreten und den Gebrauch des Grundstückes zu gestatten; bei Anfertigung eines Porträts hat der Besteller dem Künstler, bei Vornahme eines heilkundigen Eingriffs

---

44) Zu vergl. hierzu und insbesondere über die verschiedenen juristischen Konstruktionen des Kaufes „mit Spezifikation“ Oertmann im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 85 S. 202 ff. und die dort mitgeteilte Literatur und Rechtsprechung. — Während im früheren Rechte Spezialbestimmungen hierfür fehlten, hat das Handelsgesetzbuch in § 375 nunmehr dieses wichtige Geschäft besonders geregelt. Da es den Käufer zur Spezifikation positiv verpflichtet, so ist jetzt — im Gegensatz zum alten Handelsgesetzbuche — Spezifikationsverzug nicht nur Gläubigerverzug, sondern auch Leistungsverzug, falls die Spezifikation unterbleibt infolge eines Umstandes, den der Käufer zu vertreten hat. (§ 285 BGB.s).

45) Vergl. RG. v. 16. 2. 04 in JW. 04 S. 168 Z. 8; RG. v. 18. 1. 07 in Seuff. Arch. Bd. 62 S. 230. Möglicherweise stellt sich im einzelnen Falle der Abruf als eine neben der Verpflichtung zur Abnahme bestehende klagbare Verpflichtung des Käufers zur Mitwirkung bei der Ablieferung der Ware dar und begründet dann, sofern die Voraussetzungen hierzu gegeben sind (§ 285 BGB.s), nicht nur Annahme-, sondern auch Schuldnerverzug des Käufers. RG. Bd. 56 S. 178, Bd. 57 S. 109.

der Kranke dem Arzte die anwesende Persönlichkeit darzubieten, so daß die Arbeit vor sich gehen kann; kurz, überall, wo der Gläubiger durch Handlungen oder doch wenigstens durch ein entsprechendes Verhalten die Vorbedingungen zur Leistung zu setzen oder, wie Kohler [46]) sich ausdrückt, die „Leistungssituation" zu gewähren hat, kommt er gemäß § 295 durch ein nur wörtliches Angebot oder die Aufforderung des Schuldners, die betreffenden Handlungen vorzunehmen, in Verzug [47]).

In das Gebiet des § 295 gehören weiter die Fälle, in denen der Gläubiger zur Bewirkung der Leistung gleichzeitig mit dem Schuldner tätig zu werden hat. Ein Beispiel hierfür bietet die Auflassung, die bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamte erklärt werden muß (§ 925 BGB.s), oder die Verpflichtung zur Übergabe eines Grundstücks, da diese nur bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Kontrahenten erfolgen kann. Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt daher hier zur Inverzugsetzung des Gläubigers, wenn der Schuldner dem Gläubiger zugleich eine angemessene Zeit für die Übergabe bestimmt und zu dieser Zeit zur Übergabe bereit ist, der Gläubiger aber nicht erscheint [48]). Ebenso kommt im ersteren Falle der Grundstückskäufer in Annahmeverzug, wenn ihn der Verkäufer auffordert, an einem bestimmten Grundbuchtage zu einer bestimmten Stunde zur Entgegennahme der Auflassung auf dem Grundbuchamte zu erscheinen oder wenigstens ihm anzugeben, wann er dort anzutreffen sei, er jedoch beides unterläßt [49]).

Als wichtigsten Fall einer zur Bewirkung der Leistung erforderlichen Handlung des Gläubigers hebt der § 295 den Fall der Holschuld besonders hervor. Der mißverständliche Wortlaut des Gesetzes könnte zu der irrigen Auffassung verleiten, als handle es sich hierbei um eine Mitwirkung, ohne die der Schuldner gar nicht tätig

---

46) Kohler, Jahrb. S. 283 und Arch. S. 259.

47) Oertmann Note 1b, β—δ zu § 295; Schollmeyer S. 139 unter b, β.

48) Planck Erl. 2 letzter Abs. zu § 295.

49) Dernburg, bürg. R. S. 196 Anm. 10 und die dort angeführten Entscheidungen.

werden könne. Dem ist jedoch nicht so. Hat der Gläubiger den Leistungsgegenstand beim Schuldner oder an einem dritten Leistungsorte lediglich abzuholen, so kann man von einer eigentlichen Mitwirkung zur Leistung selbst nicht wohl sprechen. Seine Mitwirkung liegt vielmehr zeitlich erst hinter der eigentlichen Herstellung der Leistung. Zu dieser genügt die Tätigkeit des Schuldners allein; nur zur Ablieferung der fertigen Leistung, zu ihrer „Überführung in das Vermögen oder in die Vermögenssphäre des Gläubigers“ [50]) bedarf es dessen Mitwirkung. Der Schuldner einer Holschuld darf sich daher nicht von vornherein mit einer bloßen Bereitwilligkeitserklärung zur Leistung begnügen und etwa abwarten, ob der Gläubiger sich zur Abholung einfinden werde, um dann erst die zur Bewirkung der Leistung erforderlichen Handlungen seinerseits vorzunehmen, sondern seine Berechtigung zum wörtlichen Angebote tritt überhaupt erst mit dem Zeitpunkte ein, wo er die Leistung vertragsgemäß fertiggestellt hat. Er muß die Leistung als eine — bei ihm oder am dritten Leistungsorte — zur Abholung bereite dem Gläubiger anbieten. Neben dem wörtlichen Angebote ist hier also noch ein weiteres nötig: die volle, tatsächliche Leistungsbereitschaft des Schuldners [51]). Eine gegenteilige Auslegung wäre, wie Oertmann zutreffend bemerkt, widersinnig und unannehmbar. Die hier angenommene ergibt sich im Grunde auch schon aus dem richtig verstandenen Gesetzestexte. So wird denn auch allgemein als selbstverständlich zugegeben, daß der Schuldner dem Gläubiger, nachdem er sich bei ihm zur Abholung eingefunden hat, überhaupt tatsächlich anbieten müsse [52]). Trotzdem würde man zu weit gehen, wollte man diese tatsächliche Leistungsbereitschaft des Schuldners dahin auffassen, daß der Schuldner das Leistungsobjekt unter allen Umständen fertig zur Übergabe bereitstehen, insbesondere bei Gattungsschulden stets den angebotenen Leistungsgegen-

---

50) Oertmann Note 1b zu § 295.

51) Oertmann a. a. O.; Schollmeyer S. 139, 140 unter β Abs. 2; Windscheid-Kipp S. 441 fg.; Crome S. 151 Anm. 43; Rosenberg S. 151 ff., 185. Anderer Meinung Planck Erl. 2 zu § 295, der hier nur eine wörtliche Leistungsbereitschaft verlangt.

52) Planck a. a. O.

stand aus der vorhandenen Gattung ausgeschieden haben müsse[53]) [54]) [55]). Eine solche Auffassung würde den mannigfachen Gestaltungen und Bedürfnissen des Verkehrslebens wenig Rechnung tragen. Es genügt zur Leistungsbereitschaft des Schuldners, daß er in der Lage ist, das zu Leistende in vertragsmäßiger Beschaffenheit jederzeit auszuscheiden. Eine solche Ausscheidung ist insbesondere nicht erforderlich, wo es nach der Art oder Menge der Ware nicht geschäftsüblich oder gar geschäftswidrig[56]), oder wo es wirtschaftlich untunlich[57]) wäre, sie eher vorzunehmen, als unmittelbar vor der Abnahme. Der Schuldner ist daher leistungsbereit, wenn er die abzuholenden Kohlen zur Zeit des Angebots noch ungefördert auf seiner Zeche hat, vorausgesetzt nur, daß er sie bis zur Abholung zu fördern imstande ist[58]); er ist nicht leistungsbereit, wenn er sie sich beim Erscheinen des Gläubigers erst von einem Dritten verschaffen muß[59]); dagegen ist er wiederum

---

53) Anderer Meinung Schollmeyer S. 145 (Note 2 zu § 300); Cosack 3. Auflage S. 356 (§ 106 II 2a a. E.), die zum wörtlichen Angebote bei Holschulden stets Ausscheidung verlangen. Richtig Oertmann Note 3b zu § 300 und jetzt Cosack 5. Auflage S. 431.

54) Im Gegensatze zum tatsächlichen Angebote des § 294, wo die Ausscheidung regelmäßiges Erfordernis der Oblation ist.

55) Für den Gefahrübergang ist jedoch bei Gattungsschulden stets das Angebot einer speziellen, d. h. aus der Gattung ausgeschiedenen, den Vertragsanforderungen entsprechenden Sache erforderlich. § 300 Abs. 2 BGB.s. Er setzt also Ausscheidung und Annahmeverzug voraus, nicht nur diesen allein. Das gilt allerdings, wie der Wortlaut des § 300 Abs. 2 ergibt, nur, sofern es sich um eine „nur der Gattung nach bestimmte Sache", d. h. um eine reine Gattungsschuld handelt. Werden gattungsmäßig bezeichnete Sachen aus einer individuell bestimmten Menge geschuldet — sog. gemischt generische Obligation (Mot. II S. 11) — z. B. Waren aus einem abgegrenzten Warenlager (Konkursmasse, Schiffsladung), so wird der Schuldner auch ohne vorherige Aussonderung der angebotenen Stücke durch den Untergang dieses Vorrates befreit. Rosenberg S. 277 fg.

56) Entsch. des ROHG. in Seuff. Arch. Bd. 32 Nr. 337 S. 445.

57) RG. Bd. 5 S. 66.

58) a. a. O.

59) RG. Bd. 11 S. 111 ff.

leistungsbereit, wenn er zwar nicht selbst im Besitze der zu liefernden Waren ist, jedoch tatsächlich in der Lage ist, diese Waren durch einen Dritten, der sie zu seiner Verfügung hält, zu liefern, vorausgesetzt nur, daß dieser Dritte sie *am Erfüllungsorte* zur Abholung bereit hat[60]). Es genügt zur Leistungsbereitschaft des Schuldners, daß er zur Zeit des Angebotes das Eis im Keller, das Pferd im Stalle, die Bretter auf dem Holzplatze, das Geld im Beutel hat, auch wenn er das Eis noch nicht heraufgeholt, das Pferd noch nicht abgekoppelt, die Bretter noch nicht abgesondert, das Geld noch nicht auf seinem Tische aufgezählt hat[61]). Der Schuldner ist nicht leistungsbereit, wenn er die zu liefernden 10 000 Zigarren unsortiert auf Lager hat, wohl aber ist er es, wenn er sie in Kisten verpackt und etikettiert hat, auch wenn sie noch nicht zum Transporte bereit sind[62]). Schon aus Billigkeitsgründen wird man deshalb der Ansicht des Reichsgerichts beipflichten müssen, wenn es in der in Note 57 erwähnten Entscheidung den Grundsatz aufstellt, daß es zur Herstellung des Annahmeverzuges der Vornahme derjenigen Handlungen nicht bedürfe, die vernünftigerweise nur in zeitlichem Zusammenhange mit der Übergabe vorgenommen werden können. Welche Handlungen hierunter fallen, läßt sich natürlich nicht im allgemeinen sagen, sondern ist eine aus den Umständen des einzelnen Falles zu beantwortende Tatfrage.

Was nun die übrigen Fälle anbelangt, in denen die zur Bewirkung der Leistung erforderliche Tätigkeit des Schuldners durch eine vorhergehende oder gleichzeitige Handlung des Gläubigers be-

---

60) RG. Bd. 29 S. 62 ff.; Rosenberg S. 186; Leist, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 83 S. 182 fg., der allerdings verlangt, daß der Dritte das Leistungsobjekt am Erfüllungsorte *zur Übergabe bereit* habe, — was nach den Ausführungen oben nicht zu erfordern ist.

61) Leist S. 177 fg., der praktisch zu denselben Ergebnissen gelangt, sieht hierin allerdings — von seinem Standpunkte aus folgerichtig, der in der Leistungsbereitschaft die Bereitschaft des Schuldners *zur sofortigen Erfüllung* erblickt — *Ausnahmen* von der Regel, daß der Annahmeverzug die Erfüllungsbereitschaft des Schuldners voraussetzt.

62) Rosenberg a. a. O.

dingt ist, so ist auch hier bezüglich der vom Schuldner zu prästierenden Leistungsbereitschaft als oberster Grundsatz festzuhalten, daß der Schuldner alle ihm etwa obliegenden Vorbereitungshandlungen soweit getroffen haben muß, daß daraufhin die erforderliche mitwirkende Tätigkeit des Gläubigers zweckentsprechend erfolgen kann, und daß er weiter bereit und imstande sein muß, die Leistung nach erfolgter Mitwirkung des Gläubigers vertragsgemäß, insbesondere am gehörigen Orte und zur rechten Zeit[63]), zu bewirken. Der Schiffer, der den Transport einer Getreideladung übernommen hat, ist leistungsbereit, wenn er das zu beladende Schiff bereitstellt und sich mit seinen Leuten zur Übernahme der Ladung bereit erklärt. Der Schneider, der mir einen Anzug liefern soll, ist erfüllungsbereit, wenn er alles zur Anprobe fertiggestellt hat; der Maler, der mein Bild anzufertigen hat, ist es, wenn ihm Farben und Leinwand zur Hand sind; der Verkäufer, dem der Käufer Säcke oder Fässer für die gekauften Waren zu liefern hat, ist leistungsbereit, wenn er die Waren vorrätig hat[64]); ja, man wird noch weiter gehen und es zur Leistungsbereitschaft des Schuldners genügen lassen können, wenn er sich zur Zeit des Angebotes zwar nicht im Besitze der angebotenen Waren befindet, wohl aber imstande ist, sich bei Eintreffen der Verpackungsmittel alsbald die Waren anzuschaffen und rechtzeitig zu liefern[65]). Im großen und ganzen dieselbe Leistungsbereitschaft ist auch für den Fall zu verlangen, daß der Käufer die Waren beim Verkäufer „abzurufen" hat. Handelt es sich um einen „Spezifikationskauf", so ist der Verkäufer (= Schuldner) leistungsbereit, wenn er zur Zeit des wörtlichen Angebots den vertragsmäßigen Stoff, sei es in den verschiedenen in Betracht kommenden Formen verarbeitet oder als Rohstoff, zu seiner Verfügung

---

63) Unterläßt daher der Gläubiger die Mitwirkung, weil der Schuldner ihn dazu so spät auffordert, daß er unmöglich die Leistung rechtzeitig fertigstellen kann, so gerät er nicht in Verzug, da es an der erforderlichen Leistungsbereitschaft des Schuldners fehlt.

64) So Rosenberg S. 189.

65) RG. Bd. 50 S. 260; Planck Erl. zu § 297; Staudinger Bem. 2 zu § 297; Fischer-Henle Note 2 zu § 297; Neumann Note 2 zu § 297.

hat[66]) oder — und damit gehen wir weiter als die in Note 66 angeführte Reichsgerichtsentscheidung — wenn er wenigstens in der Lage ist, sich bei Eingang der Spezifikationserklärungen des Käufers (= Gläubigers) sofort den erforderlichen Rohstoff zu beschaffen und sodann daraus innerhalb angemessener Frist die Ware in den gewünschten Formen, Maßen, Verpackungen usw. vertragsgemäß herzustellen und zu liefern. Damit gehen wir auch noch weiter als Rosenberg[67]), der verlangt, daß der Verkäufer in der Lage sei, sich bis zum voraussichtlichen Eintreffen der Antwort des Käufers den Rohstoff zu beschaffen, dabei aber voraussetzt, daß der Schuldner zur Zeit des wörtlichen Angebotes bereits einen vertraglichen Anspruch auf Lieferung des Stoffes gegen einen Dritten hat. Bei einer Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers ist zu unterscheiden, ob der Gläubiger wählen darf unter den Gegenständen, die dem Schuldner gehören, oder ob der Schuldner den gewählten Gegenstand nach Vornahme der Wahl erst anschaffen soll. Im ersteren Falle kann der Schuldner nur anbieten, wenn die wählbaren Gegenstände ihm zur Verfügung stehen, im letzteren Falle dagegen genügt es zu seiner Leistungsbereitschaft, daß er in der Lage ist den gewählten Gegenstand in angemessener Zeit sich zu verschaffen[68]). Ganz unhaltbar ist die Ansicht Bernsteins[69]), wenn er die Auffassung wenigstens für möglich hält, daß der Schuldner dem Gläubiger beide Gegenstände anbieten müsse, um ihn in Annahmeverzug zu setzen. Hat der Gläubiger den Betrag seiner Forderung anzugeben, so ist der Schuldner leistungsbereit, wenn er imstande ist, alsbald nach Empfang der Rechnung sie zu begleichen. In den Fällen endlich, wo der Gläubiger mit dem Schuldner gleichzeitig tätig zu werden hat, würde ein Verzug des Gläubigers nicht eintreten, wenn der Gläubiger zwar nicht erschienen ist, aber der Schuldner ebenfalls nicht. Denn auch hier würde ja der Gläubiger zur Lösung des Schuldverhältnisses nicht haben beitragen können, selbst wenn er erschienen wäre, da ja der Schuldner auch ausgeblieben war.

66) RG. Bd. 10 S. 99; Leist S. 170 fg.
67) Rosenberg S. 190.
68) Rosenberg a. a. O.
69) Bernstein S. 19.

Aus allen diesen Beispielen ergibt sich zur Genüge, daß die Leistungsbereitschaft des Schuldners je nach der Art der Mitwirkung des Gläubigers ihrem Umfange nach sehr verschieden geartet ist, und daß man daher die Frage, was erforderlich ist, um sagen zu können, daß der Schuldner zur Zeit des Angebots außerstande gewesen sei, die Leistung zu bewirken (§ 297), für das Gebiet des wörtlichen Angebots je nach den Umständen des einzelnen Falles sehr verschieden beantworten muß. Mit Recht bemerkt das Reichsgericht in einer der vorerwähnten Entscheidungen [70]), daß „in allen Fällen nicht mehr an Erfüllungsbereitschaft erfordert werde, als was zur Begründung eines Annahmeverzuges notwendig sei".

III. Aus der Vorschrift des § 295 ergibt sich, daß, wenn der Schuldner zuerst tätig werden muß, die Fortsetzung seiner Tätigkeit aber von einer mitwirkenden Handlung des Gläubigers abhängig ist, der Gläubiger erst dann in Verzug gerät, wenn der Schuldner, der zunächst „tatsächlich" angeboten hat, zu der Zeit, zu welcher der Gläubiger tätig zu werden hat, ihm noch „wörtlich" anbot und er nunmehr die erforderliche Mitwirkung unterließ. Hat z. B. jemand bei einem Anderen Arbeiten zu verrichten, zu deren Vornahme er noch bestimmter Weisungen des Arbeitgebers bedarf, so muß er sich zunächst erforderlichenfalls gehörig ausgerüstet, zur Arbeit einfinden. Erteilt hierauf der Arbeitgeber nicht die erforderliche Anweisung und bietet sich der andere Teil zur Arbeit an, so gerät der Arbeitgeber durch sein Verhalten in Gläubigerverzug. In derartigen Fällen können also tatsächliches und wörtliches Angebot nebeneinander vorkommen [71]).

IV. Die Ausführungen im vorliegenden Paragraphen haben ergeben, daß das Gesetz in den Fällen des § 295 den Schuldner zwar von einem tatsächlichen Angebote der Leistung, nicht aber von einem Angebote überhaupt entbindet. Eine andere Frage ist aber die, ob in allen hierher gehörigen Fällen ein wörtliches Angebot des

---

70) Vergl. oben Note 65.

71) Planck Erl. 3 zu § 295; anderer Meinung Charmak S. 28, der hier nur ein tatsächliches Angebot für vorliegend erachtet.

Schuldners schlechthin unerläßlich sei. Die Frage ist in der Literatur und Praxis bestritten; man wird sie verneinen dürfen. Es lassen sich in der Tat, wie wir sogleich sehen werden, auf dem weiten Gebiete des § 295 manche Fälle denken, in denen die besonderen Umstände des Falles oder die Natur des Schuldverhältnisses die Befreiung des Schuldners von jedem Angebote, von jeder Bereiterklärung zur Leistung rechtfertigen. Dem steht weder der Wortlaut noch der Sinn des § 295 entgegen. Denn es wird darin ausdrücklich ein wörtliches Angebot als „genügend", nicht als „erforderlich" bezeichnet. Das will nur sagen, daß die individualisierende Betrachtung des Einzelfalles nicht mehr als ein wörtliches Angebot verlangen darf, dagegen nicht ausschließen, daß sie sich unter Umständen auch mit weniger begnügen könne [72]).

Einen Fall dieser Art, bei dem es zweifellos des wörtlichen Angebotes nicht bedarf, finden wir beim Werkvertrage, wenn sich die Rücktrittserklärung des Bestellers als ungerechtfertigte Kündigung darstellt [73]).

Der § 649 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt:

> „Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt."

Diese Kündigung ist nichts weiter als die Erklärung des Bestellers, daß er die Annahme des vollendeten Werkes verweigere. Wer auf diese Weise kündigt und damit dem Schuldner die weitere Erfüllungstätigkeit unmöglich macht, kann billigerweise nicht verlangen, daß ihm noch obendrein angeboten werde. Ein solches Angebot wäre ein ganz zweckloses Unterfangen, eine leere Formalität.

---

72) Ebenso Oertmann Bem. 3 zu § 295. Anderer Meinung Rehbein S. 138.

73) Kohler, Arch. S. 198, 249 ff.; Munk S. 67 fg.

Wenn Kohler[74]) den Grund für den Wegfall der Verbaloblation darin sucht, daß bei solchen Verträgen Kündigungen sehr häufig vorkämen und den Beteiligten in ihrer Tragweite genau bekannt zu sein pflegten, so daß anzunehmen sei, sie hätten die Vornahme dieses Rechtsgeschäfts erst sorgfältig erwogen, so ist die Unhaltbarkeit dieser Ansicht schon oben dargetan worden. Ein Gläubigerverzug des Bestellers ist natürlich dann ausgeschlossen, wenn das Verhalten des Unternehmers der Anlaß zur Kündigung war; denn in diesem Falle wäre die Annahmeverweigerung gerechtfertigt und der Unternehmer, nicht der Besteller, an der Nichterfüllung schuld. Ebenso kann auch dann von einem Gläubigerverzuge keine Rede sein, wenn das Vertragsverhältnis dem Besteller ein Recht zum Rücktritte gibt.

Die gleichen Erwägungen führen dazu, in einem weiteren Falle dieser Art den Schuldner auch von einem wörtlichen Angebote zu befreien, nämlich bei grundloser Entlassung des Dienstverpflichteten durch den Dienstherrn. § 615 BGB.s[75]). Auch hier gerät der letztere in Gläubigerverzug, ohne daß ihm der grundlos Entlassene seine weiteren Dienste noch wörtlich anzubieten brauchte[76]). Nimmt der Dienstherr allerdings seine Entlassungs-

---

74) Kohler, Arch. S. 198; ihm folgen Wentrup S. 29 und Wolffenstein S. 64.

75) § 615: „Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muß sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt."

76) Ebenso Kohler, Arch. a. a. O. und bürg. R. S. 199; Meyer in DJZ. 06 S. 531; Römer in DJZ. 03 S. 340—41; Entsch. des OLG. Kassel vom 15. 12. 04, bei Mugdan Bd. 10 S. 179 und in Seuff. Arch. Bd. 60 Nr. 104 S. 202; Entsch. des OLG. Marienwerder v. 8. 4. 02, bei Mugdan Bd. 5 S. 32; Entsch. des OLG. Darmstadt v. 24. 12. 02 im Recht 03 S. 338 Nr. 1810; Entsch. des OLG. Kiel v. 9. 11. 03 in Seuff. Arch. Bd. 59 Nr. 91 S. 163. Anderer Meinung Staub, Komm. z. HGB. Noten 1, 7, 8 zu § 70; Fieberg in JZ. 04 S. 485; Entsch. des Kammergerichts v. 21. 9. 03, bei Mugdan Bd. 7 S. 472.

erklärung zurück, so muß der Dienstverpflichtete nunmehr wiederum seine Dienste tatsächlich anbieten, sofern er sich nicht etwa anderweit gebunden hat [77]). Daß auch hier von einem Annahmeverzuge natürlich keine Rede sein kann, wenn die Entlassung durch das vertragswidrige Verhalten des Dienstverpflichteten gerechtfertigt war, oder wenn sonst Gesetz (zu vergl. §§ 626—628 BGB.s) oder Vertrag ein freies Kündigungsrecht einräumen, bedarf keiner Ausführung. Anders liegt jedoch der Fall, wenn der Dienstherr den Dienstverpflichteten, noch ehe dieser überhaupt seinen Dienst angetreten hat, im Vorhinein erklärt, daß er die Dienste nicht annehmen werde. In diesem Falle ist nach § 295 Satz 1 wenigstens ein wörtliches Angebot, eine Bereiterklärung des Schuldners zu den Diensten erforderlich.

Weitere in das Gebiet des § 295 gehörende Beispiele, bei denen es keines Angebotes bedarf, finden sich beim Seetransport- und Seeversicherungsgeschäft [78]).

§ 13.

5. Wegfall des Angebotes.

Haben wir im vorstehenden schon gesehen, daß das Erfordernis des Leistungsangebotes von seiten des Schuldners nicht ausnahmslos ist, so bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch im Anschluß an die im gemeinen Rechte in Wissenschaft [1]) und Praxis [2]) allgemein anerkannte Lehre ausdrücklich eine weitere wichtige Ausnahme von dem für den Gläubigerverzug geltenden Prinzipe des Angebots in § 296. Er lautet:

„Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des An-

77) Kohler, bürg. R. a. a. O.

78) Zu vergl. Kohler, Arch. a. a. O.

1) Mommsen S. 173 fg.; Römer, Abhandlungen I S. 144; Sintenis S. 219; v. Wening-Ingenheim S. 152; Windscheid-Kipp S. 442; Kohler, Jahrb. S. 404 fg.; v. Schey S. 115 Note 4; Munk S. 17. Anderer Meinung Wolff S. 437 fg.; Hirsch S. 211 fg.

2) Entsch. des OAG. Dresden v. 10. 11. 1850 in Seuff. Arch. Bd. 5 Nr. 148 S. 359; Entsch. des OLG. Rostock v. 12. 12. 1892, ebenda Bd. 50 Nr. 160 S. 267.

gebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. Das Gleiche gilt, wenn der Handlung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt."

Nach dieser Bestimmung kommt der Gläubiger ohne jedes Angebot, ja ohne jede wörtliche Aufforderung des Schuldners zur Vornahme der Hilfshandlung in Verzug, wenn für die letztere eine Zeit entweder unmittelbar oder mittelbar (kraft Kündigung) kalendermäßig bestimmt ist und er bis zu diesem Termine die Handlung nicht vornimmt. Der Gesetzgeber wendet hier also die nach § 284 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs[3]) beim Leistungsverzuge geltende Regel: dies interpellat pro homine[4]) analog auf den Gläubigerverzug an, freilich, wie die Motive[5]) ausdrücklich hervorheben, nicht in Anerkennung einer Mitwirkungspflicht des Gläubigers, sondern aus Billigkeitsgründen.

Es muß eine feste Zeitbestimmung für die Gläubigerhandlung getroffen sein, gleichgültig, ob durch Gesetz oder Vertrag. Eine einseitige Bestimmung durch den Schuldner genügt nicht, es sei denn, daß Gesetz oder Vertrag sie ausdrücklich einräumen[6]). Dagegen braucht der Termin nicht gerade genau nach dem Kalender bezeichnet zu sein; es genügt zur Feststellung der Zeit, wenn sie sich „nach dem Kalender berechnen läßt", d. h., wenn sich auf Grund der Bestimmungen des Schuldverhältnisses ein fester Zeitpunkt für die Vornahme der Handlung des Gläubigers ermitteln läßt.

Ihrer Natur nach kann die Vorschrift des § 296 keine Anwendung finden in den Fällen, wo die Mitwirkung des Gläubigers lediglich in der Empfangnahme der Leistung besteht; denn hier ist

---

3) § 284 Abs. 2: „Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet."

4) Ob die Römer diesen Satz schon gekannt haben, ist aus den Quellen nicht mit Sicherheit zu entnehmen. Dernburg, Pand. II S. 112 Anm. 14 verneint die Frage.

5) Mot. II S. 71.

6) Schollmeyer S. 140 unter γ.

eben in dem unmittelbaren Darreichen des Leistungsgegenstandes zum Zwecke der Empfangnahme das Leistungsangebot bereits enthalten. Sie wird dagegen praktisch überall da, wo der Gläubiger eine über die bloße Annahmetätigkeit hinausgehende Tätigkeit zu entfalten hat, insbesondere bei Holschulden. Fälle der hierher gehörigen Art sind äußerst zahlreich. Einen der wichtigsten Anwendungsfälle bilden die Inhaber- und Orderpapiere, wenn für ihre Vorlegung zur Einlösung ein kalendermäßig bestimmter Termin festgesetzt ist[7]). Wird z. B. ein fällig gewordener Pfandbrief, der laut Tilgungsplan nach Ablauf von vier Monaten seit der Auslosung (Kündigung) zur Einlösung vorzulegen ist, nicht rechtzeitig dem Aussteller präsentiert, so kommt der Gläubiger ohne weiteres in Verzug und treten damit die Verzugswirkungen (Aufhören des Zinsenlaufes usw.) gegen ihn ein. Unterläßt der Käufer den innerhalb einer kalendermäßig bestimmten Frist vorzunehmenden Abruf der nach einer begrenzten oder angemessenen Zwischenzeit zu liefernden Ware, so gerät er dadurch auch ohne jedes Angebot und ohne jede Aufforderung zum Abrufe mit dem Ablaufe der Frist von selbst hinsichtlich der Ware in Annahmeverzug[8]). Weitere Beispiele dieser Art sind: Der Besteller eines Kleidungsstückes, der vereinbarungsgemäß sich an einem bestimmten Tage zur Anprobe beim Schneider einzustellen hat, unterläßt das Erscheinen; der Eisenbahnreisende trifft nicht zur richtigen Zeit an Ort und Stelle ein, um einzusteigen; der Schüler versäumt die Privatunterrichtsstunde; der Mieter bezieht nicht zur Zeit seine Wohnung oder benützt nicht den von ihm für einen bestimmten Tag gemieteten Gegenstand[9]).

Nimmt der Gläubiger die ihm obliegende Handlung rechtzeitig vor, so muß der Schuldner nunmehr natürlich anbieten und kann der Gläubiger nur wieder nach den gewöhnlichen Vorschriften (§§ 294, 295) in Verzug geraten. Der Ansicht Schollmeyers[10]), daß in diesem

---

7) Mot. a. a. O.; zu vergl. auch § 801 BGB.s und Art. 92 des Einf.-Ges. dazu.

8) Entsch. des OLG. Breslau v. 8. 6. 03 im Recht 03 S. 338 Nr. 1811.

9) Kohler, Arch. S. 195.

10) Schollmeyer a. a. O.

Falle stets ein wörtliches Angebot genügend sei, ist nicht beizupflichten; sie findet im Gesetze keine Stütze [11]). Man denke nur an den wichtigsten Fall, die Holschuld, bei der dem Gläubiger, der sich zur rechten Zeit zur Abholung einstellt, zweifellos „tatsächlich" angeboten werden muß.

§ 14.

II. Die Leistungsbereitschaft.

Zur Leistungsbereitschaft des Schuldners, die auch das Bürgerliche Gesetzbuch seinen Bestimmungen über den Gläubigerverzug unzweifelhaft zugrunde legt, gehört in erster Linie, daß der Schuldner zur ordnungsmäßigen Erfüllung auch wirklich imstande ist. Ein Angebot nur zum Schein, ohne die Fähigkeit, ihm die Leistung folgen zu lassen, kann niemals die Kraft besitzen, den Gläubiger in Verzug zu bringen. Demgemäß bestimmt das Gesetz in § 297:

> „Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außer Stande ist, die Leistung zu bewirken."

Naturgemäß kann diese Vorschrift für die Fälle nicht in Betracht kommen, bei denen die Leistung gemäß § 294 dem Gläubiger „tatsächlich" angeboten werden muß. Denn hier folgt schon aus dem Erfordernisse des tatsächlichen Angebotes von selbst, daß der Schuldner die Fähigkeit zur realen Leistung besitzen muß. Seine Leistungsbereitschaft zeigt sich beim Angebote unmittelbar und ist mit dem vom Schuldner zu führenden Beweise der Tatsächlichkeit des Angebots zugleich dargetan. Dagegen tritt überall da, wo zur Inverzugsetzung des Gläubigers ein nur wörtliches Angebot des Schuldners genügt oder überhaupt kein Angebot erforderlich ist, die

---

11) Planck Erl. 1 zu § 296; Staudinger Bem. 1 zu § 296; Crome S. 151 Note 50. — Goldmann-Lilienthal S. 351 verlangt stets ein tatsächliches Angebot, was insofern nicht richtig ist, als dabei der Fall nicht berücksichtigt ist, daß der Gläubiger mit oder nach der Vornahme der Handlung dem Schuldner die Annahmeweigerung erklärt: hier genügt ein wörtliches Angebot nach § 295.

Leistungsbereitschaft des Schuldners dem Gläubiger nicht erkennbar zu Tage. Man muß ihm daher in diesen Fällen gegen den behaupteten Verzug den Einwand gestatten, daß dem Schuldner zur Zeit seines Angebots oder zu der Zeit, wo die Mitwirkung des Gläubigers zu erfolgen hatte, das Leistungsvermögen gefehlt habe. Die Beweislast für seinen Einwand trifft den Gläubiger, wie aus der negativen Fassung des § 297 hervorgeht und in Wissenschaft [1]) und Praxis [2]) heute allgemein anerkannt ist. Auf einem anderen Standpunkte stand allerdings der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches, der im Anschlusse an die herrschende Lehre des gemeinen Rechts [3]) in § 255 Abs. 2 und 3 das Leistungsvermögen des Schuldners als positives Erfordernis des Gläubigerverzuges aufstellte und damit den Beweis hierfür nach allgemeinen Grundsätzen dem Schuldner auferlegte. Aber auch hier sollte, wie die Motive [4]) hervorheben, der Richter bei dem Prinzipe der freien Beweiswürdigung einen weiteren Beweis in den Fällen nicht erfordern, in welchen „das Leistungsvermögen nach der Beschaffenheit der Leistung und der Persönlichkeit des Schuldners keinem Bedenken unterliegen kann". Das Gesetz hat sich indessen der Ansicht der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs angeschlossen, wonach es in den bezeichneten Fällen Sache des Gläubigers sei, darzutun, daß der Schuldner ungeachtet des Angebots nicht imstande gewesen sei, zu leisten. Maßgebend für diese Regelung waren Zweckmäßigkeitsgründe und die Erwägung, daß der Schuldner, ohne bereit zu sein, nicht leicht anbieten werde, während andererseits schikanösem Bestreiten des Leistungsvermögens durch den Gläubiger entgegengetreten werden müsse [5]). Infolge dieser Beweislastverteilung wird man auch dem Gläubiger das Recht einräumen müssen, sich auch in den Fällen, in

---

1) Dernburg, bürg. R. S. 195 Anm. 9; Crome S. 149 Anm. 30; Goldmann-Lilienthal S. 350; Fischer-Henle Note 2 zu § 297; Schollmeyer S. 142; Planck Erl. zu § 297; Staudinger Bem. 2 zu § 297 u. a.

2) Entsch. des OLG. Breslau im Recht 02 S. 556 Nr. 6; Entsch. des OLG. Braunschweig, ebenda 05 S. 369 Nr. 1654.

3) Leist, Arch. a. a. O. S. 215.

4) Mot. II S. 70.

5) Prot. II Bd. 1 S. 329; Reatz S. 124.

denen es nur eines wörtlichen Angebots oder überhaupt keines Angebots bedarf[6]), von der angeblichen Leistungsbereitschaft seines Schuldners zu überzeugen[7]). Natürlich wird er dieses Recht bona fide auszuüben haben. Will sich der Schuldner einer angemessenen Prüfung seines Leistungsvermögens nicht unterziehen, so gerät der Gläubiger, der daraufhin seine Mitwirkung unterläßt, nicht in Verzug[8]) [9]).

Ob die Unfähigkeit des Schuldners zur Leistung verschuldet ist oder nicht, ob sie lediglich auf einem subjektiven Unvermögen zur Leistung oder auf einer objektiven Leistungsunmöglichkeit beruht, ist für den Gläubigerverzug gleichgültig. Nur darf sie nicht dadurch entstanden sein, daß der Gläubiger die zur Erfüllung erforderliche Mitwirkung verweigert oder überhaupt unterlassen hat[10]). Ergibt sich die Leistungsunmöglichkeit des Schuldners allein aus dem Unterbleiben der Mitwirkung des Gläubigers, so kann sich dieser natürlich nicht auf die Leistungsunmöglichkeit des Schuldners berufen. Die gegenteilige Auffassung würde nicht nur dem Sinne des § 297 widersprechen, sondern sie würde überhaupt die ganze Lehre vom Gläubigerverzuge überflüssig machen, da sich der Gläubiger zur Abwendung seines Verzuges stets auf die Leistungsunmöglichkeit des Schuldners berufen könnte.

Aus welchem Grunde die Mitwirkung des Gläubigers unterbleibt, ist, da das Gesetz den Gläubigerverzug von einem Verschulden oder sonstigem subjektiven Momente nicht abhängig macht, gleichgültig. Auch wenn der Gläubiger aus Zufall oder infolge höherer Gewalt dem Schuldner die erforderliche „Leistungssituation" nicht

---

6) Daß beim „tatsächlichen Angebote" der Schuldner dem Gläubiger so anbieten muß, daß er in der Lage ist, die Ordnungsmäßigkeit der angebotenen Leistung nachzuprüfen, ist selbstverständlich und bereits oben in § 11 erwähnt.

7) Dies ist auch schon für das gemeine Recht anzunehmen. Zu vergl. Mommsen S. 144; Munk S. 6; ROHG. Bd. 10 Nr. 60 S. 275.

8) Rosenberg S. 167.

9) Daß die Leistungsbereitschaft bald eine ausgedehntere, bald eine geringere Tätigkeit des Schuldners voraussetzt, ist oben in § 11 näher dargetan worden.

10) Oertmann Note 2 zu § 297; Türcke-Niedenführ Bem. 3 zu § 297.

zu bieten vermag, kann er sich auf die sich für den Schuldner hieraus ergebende Leistungsunmöglichkeit nicht berufen. Der Fabrikherr kommt daher mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, wenn ihm die Fabrik abbrennt und er nunmehr die Dienste des Arbeiters nicht mehr brauchen kann. Wer einen Maler bestellt, damit er ihm die Wand mit Fresken verziere, kommt in Gläubigerverzug, wenn ihm die Wand einstürzt und dem Maler dadurch die Leistung unmöglich wird. Der Bauherr kommt in Annahmeverzug, wenn ihm der Bauplatz, auf dem das Gebäude errichtet werden soll, durch ein Erdbeben zerrissen und damit dem Baumeister die Errichtung des Baues vereitelt wird. Es ist Annahmeverzug, wenn der Kranke, der den Arzt zur Vornahme eines Heilschnittes gerufen hat, vorher stirbt oder körperlich unfähig wird, den Heilschnitt zu ertragen [11]). In allen diesen Fällen wird zwar dem Schuldner die Leistung unmöglich, aber sie wird ihm deshalb unmöglich, weil die zur Erfüllung erforderliche Mitwirkung des Gläubigers unterblieb. Er hatte die objektiven Bedingungen zu setzen, unter denen allein dem Schuldner die Leistung möglich war: er hatte dem Arbeiter die Fabrikeinrichtungen zur Verfügung zu stellen, dem Freskomaler die Möglichkeit zu geben, sein Gerüst aufzuschlagen, dem Baumeister den Bauplatz bereit zu stellen, dem Chirurgen seine Persönlichkeit darzubieten. Darin bestand seine Mitwirkung; und weil diese, wenn auch ganz ohne sein Zutun, unterblieb, wurde dem Schuldner die Leistung unmöglich. Es liegt zwar hier gleichzeitig Annahmeunmöglichkeit und Leistungsunmöglichkeit vor, aber die Leistungsunmöglichkeit ist in der Annahmeunmöglichkeit, in dem — schuldlosen! — Verzuge des Gläubigers begründet [12]). Und darum kann sich der Gläubiger nicht darauf berufen, daß er nicht im Verzuge sei, weil es an der Leistungsbereitschaft des Schuldners fehle (§ 297) in den Fällen, wo die Leistungsunmöglichkeit durch Verhältnisse des im Verzuge befindlichen Gläubigers herbeigeführt worden ist.

Hiernach vermögen wir uns nicht der herrschenden Lehre anzuschließen, die einen Gläubigerverzug dann nicht für vorliegend

---

11) Kohler, Arch. S. 200, 253 ff., 258.
12) Kohler, bürg. R. S. 349, 372 fg.

erachtet, wenn „die Unmöglichkeit der Erfüllung in Ereignissen beruht, welche die Person des Gläubigers betreffen“ [13]). Danach würde ein Gläubigerverzug nur bei Verschulden des Gläubigers oder sonstiger Zurechenbarkeit der Nichtannahme eintreten können; denn es ist nicht abzusehen, inwiefern ein Unterschied zwischen den Ereignissen, die den Gläubiger an der Mitwirkung verhindern, und jenen von Dernburg erwähnten Ereignissen bestehen soll. In jedem Falle wird die Leistung dem Schuldner deshalb unmöglich, weil ein Zufall oder höhere Gewalt dem Gläubiger die erforderliche Mitwirkung unmöglich gemacht haben. Gläubigerverzug und Leistungsunmöglichkeit schließen sich eben keineswegs — wie allgemein angenommen wird [14]) — begrifflich aus. Mit Recht bezeichnet Kohler [15]) die hierher gehörigen Fälle als solche, in denen „Annahmeverzug und Leistungsunmöglichkeit kombiniert sind“, im Gegensatze zum „einfachen Gläubigerverzug“. Die hier vertretene Ansicht steht auch weder mit dem Sinne, noch mit dem Wortlaute des § 297 in Widerspruch. Denn dieser spricht nur von dem Falle, daß der Schuldner außer Stande ist, die Leistung zu bewirken, nicht von dem Falle, daß dem Gläubiger die Mitwirkung bei der Leistung unmöglich ist; er will also offenbar im letzteren Falle den Gläubigerverzug trotz Annahmeunmöglichkeit eintreten lassen [16]). Daß diese Auffassung übrigens in hohem Grade der Billigkeit entspricht, wird selbst von ihren Gegnern zugegeben [17]).

Eine weitere Ausnahme erleidet die Bestimmung des § 297 für die Fälle der vorherigen Annahmeverweigerung des Gläubigers. Auch hier kann sich, wie oben in § 12 ausgeführt worden ist, der

---

13) So Dernburg, bürg. R. S. 193; derselben Ansicht sind auch Oertmann Note 3 b zu § 293, Note 3 a β zu § 644; Rehbein S. 141; Planck Erl. 6 zu § 293; Rosenberg S. 164, 200; Dochnahl in Iherings Jahrb. Bd. 48 S. 310—1; Kisch S. 80.

14) Oertmann a. a. O.

15) Kohler, Arch. S. 255 und bürg. R. S. 372.

16) Derselben Ansicht sind außer Kohler auch Eneccerus-Lehmann S. 495 Anm. 1; Crome S. 149; Jacobi im Arch. f. bürg. R. Bd. 4 S. 147 ff.; Munk S. 71; Wentrup S. 33; Charmak S. 19 fg.

17) So Dochnahl a. a. O. S. 310.

Gläubiger nicht auf die mangelnde Erfüllungsbereitschaft des Schuldners berufen, wenn dieser infolge der Weigerung des Gläubigers solche Vorbereitungs- und Vollendungshandlungen unterlassen hat, die er andernfalls sofort und rechtzeitig hätte vornehmen können.

Endlich muß dem Gläubiger sinngemäß der Einwand der mangelnden Leistungsbereitschaft des Schuldners erst recht überall dort verschlossen sein, wo er nicht nur die zur Erfüllung erforderliche Mitwirkung unterläßt, sondern die Erfüllungstätigkeit des Schuldners geradezu hindert und dadurch unmöglich macht, wie dies bei den oben besprochenen Fällen der ungerechtfertigten Kündigung beim Werkvertrage und Dienstvertrage der Fall ist.

Von Wichtigkeit ist die Frage, wann und wielange der Schuldner leistungsbereit sein muß. Gemeinhin läßt man hierfür in erster Linie den Inhalt des Schuldverhältnisses maßgebend sein und stellt danach folgenden Grundsatz auf: Hat die Leistung in einem bestimmten Zeitpunkte zu erfolgen, so muß der Schuldner in diesem Augenblicke leistungsbereit sein; kommen solche Verpflichtungen in Frage, deren Erfüllung nur während eines durch die Obligation bestimmten Zeitraumes vom Gläubiger verlangt werden kann, so ist Leistungsbereitschaft während dieses Zeitraumes zu fordern; ist endlich keine Zeit für die Leistung bestimmt und diese beliebig nachholbar, so muß der Schuldner dauernd erfüllungsbereit bleiben [18]). Doch schon im gemeinen Rechte sah man sich aus Rücksichten des praktischen Lebens zu einer wesentlichen Abschwächung dieser strengen Prinzipien genötigt, und zwar vornehmlich für das Gebiet der Sach- und Dienstmieteverträge: hat der Gläubiger hier die Annahme abgelehnt, so kann der Schuldner über den Leistungsgegenstand — die Mieträume, seine Arbeitskraft — anderweit verfügen, ohne seinen entsprechenden Anspruch gegen den Gläubiger damit zu verwirken; nur muß er sich aus Billigkeitsgründen darauf anrechnen lassen, was er durch die anderweite Verwertung des Leistungsobjekts gewonnen hat [19]). Nunmehr hat das Gesetz selbst

---

18) Munk S. 5.

19) Kohler, Jahrb. S. 366 ff.; Munk a. a. O. — Für das heutige Recht vergl. §§ 552, 615, 649 BGB.s.

in § 297 diese wichtige Frage dahin entschieden, daß der Schuldner nur in dem Zeitpunkte zur Bewirkung der Leistung imstande sein müsse, wo er die Leistung anbietet oder, wenn ein Angebot nicht erforderlich ist, zu der Zeit, wo die Mitwirkungstätigkeit des Gläubigers bestimmungsgemäß zu erfolgen hat. Dies ist durchaus zu billigen. Denn die Frage, ob der Schuldner auch nach dieser Zeit noch erfüllungsfähig sein müsse, ist nur von Bedeutung für einen etwaigen Verzug des Schuldners selbst, insofern nämlich dieser in Leistungsverzug gerät, wenn er auf die nachträgliche Aufforderung des Gläubigers schuldhaft nicht leistet (§§ 284, 285 BGB.s). Damit endigt freilich der Verzug des Gläubigers; aber solange dies nicht der Fall ist, ist ein Leistungsverzug des Schuldners ausgeschlossen [20]) und bleiben die Wirkungen des Gläubigerverzuges bestehen, auch wenn der Schuldner aufgehört hat, leistungsbereit zu sein. Daher kann sich der im Verzuge befindliche Gläubiger gegenüber dem Schuldner, der zur Zeit des Angebots die Ware zu seiner Verfügung hatte, nicht auf dessen mangelnde Leistungsbereitschaft berufen, wenn er über die Ware weiterverfügt hat [21]). Er kann dies um so weniger tun, als für ihn die anderweite Verfügung des Schuldners über die Ware die Folgen seines Annahmeverzuges nur mildert, insofern sie ihn nämlich von der Gefahr (§ 300 Abs. 2) und von den Kosten der Aufbewahrung der Sache (§ 304) entlastet [22]). Der Mieter, der sich geweigert hat, die Mieträume zu beziehen, kann dem Vermieter nicht den Einwand der mangelnden Erfüllungsbereitschaft entgegensetzen, wenn dieser die Mietsache im Interesse ihrer bestmöglichen Verwertung anderweit, aber billiger, vermietet hat und nun die Differenz einklagt [23]).

---

20) Auch das ist früher mehrfach verkannt worden, indem man lange Zeit von der Möglichkeit einer gleichzeitigen mora creditoris und mora debitoris sprach. Zu vergl. hierüber Mommsen S. 340 ff.

21) Rosenberg S. 165.

22) Windscheid-Kipp S. 45, 449.

23) Entsch. des Kammergerichts v. 19. 5. 1904 in den Bl. f. Rechtspfl. 15. Jahrg. S. 67 fg.

C. Voraussetzungen auf Seiten des Gläubigers.

§ 15.

Unterlassen der Mitwirkung.

Erfordert der Gläubigerverzug auf seiten des Schuldners die Leistungsbereitschaft und die Kundgebung derselben in Form des Angebotes, so muß als gegensätzliches und einziges Moment auf der Gläubigerseite noch hinzutreten, daß der Gläubiger die seinerseits zur Lösung des obligatorischen Bandes erforderliche Mitwirkung unterläßt. Dieses Unterlassen kann ausdrücklich — schriftlich oder mündlich — oder stillschweigend, durch einfach passives Verhalten erfolgen; eine ausdrückliche oder stillschweigende Ablehnung ist nicht erforderlich[1]). Demgemäß kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er das Geld nicht annimmt, das Pferd nicht abholt, wenn er die Ware nicht abruft, die „Absendungsorder" nicht erteilt, die Säcke für den Hafer, die Fässer für den Wein nicht liefert; wenn er sein Wahlrecht nicht ausübt, wie auch, wenn er nicht „spezifiziert" oder dem Schuldner die Rechnung nicht zuschickt. Er gerät in Annahmeverzug, wenn er dem Baumeister den Bauplatz nicht bereitstellt oder ihm für die Einzelheiten des Baues nicht die nötigen Anweisungen gibt, wenn er dem Arbeiter die Maschine zur Arbeit nicht stellt. Es ist Gläubigerverzug, wenn ich den Dienstboten in Haus und Küche nicht aufnehme, wenn ich dem Maler nicht sitze, mich beim Schneider nicht zur Anprobe einfinde, wenn ich dem Sachverständigen zu seinem Gutachten nicht die von ihm für nötig erachtete Auskunft erteile, wenn ich nicht die gemietete Wohnung beziehe, wenn ich mich nicht dem Schuldner auf sein berechtigtes Verlangen durch Vorlegung eines Erbscheines oder sonstiger Urkunden über meine Gläubigereigenschaft ausweise. Wo also immer der Gläubiger die Bedingungen zu setzen hat, die erfüllt sein müssen, damit die Leistung obligationsgemäß erfolgen kann, da ist Raum für einen Gläubigerverzug[2]).

---

1) Oertmann Bem. 2 zu § 293; Staudinger Bem. 1 a. E. zu § 293.
2) Kohler, Arch. S. 183.

Hat dagegen nicht der Gläubiger, sondern ein Dritter die Leistungssituation zu gewähren und bietet er sie tatsächlich dem Schuldner nicht, so kann von einem Gläubigerverzuge nicht die Rede sein. Denn dieser hat zur begrifflichen Voraussetzung, daß in den Verhältnissen des Gläubigers selbst, sei es in seiner Person oder in der von ihm zu gewährenden Gelegenheit, Umstände eintreten, die die regelrechte Erfüllung verhindern. Dies nimmt auch Kohler [3]) an; er geht jedoch zu weit, wenn er gleichwohl in dem eben bezeichneten Falle den Gläubiger zugunsten des Arbeiters als wie im Verzuge befindlich behandelt wissen will und ihm damit aus angeblichen Billigkeitsrücksichten gegen den Schuldner Nachteile auferlegen will, deren Grundlage geradezu in begrifflichem Widerspruche zum Wesen des Annahmeverzuges stehen würde. Für eine solche Auffassung bietet das Gesetz keinen Anhalt [4]).

Soll die Mitwirkungstätigkeit des Gläubigers zur ordnungsmäßigen Erfüllung führen, so muß sie so zeitig und in der Art erfolgen, daß der Schuldner dadurch in die Lage versetzt wird, vertraggemäß, insbesondere rechtzeitig leisten zu können. Nimmt sie der Gläubiger so spät vor, daß der Schuldner unmöglich zur rechten Zeit die Leistung bewirken kann, oder trifft er die ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen so unvollkommen, daß dadurch der Schuldner an der vertragsmäßigen Erfüllung gehindert wird, so liegt die Ursache der Nichterfüllung in dem Verhalten des Gläubigers, nicht am Schuldner, und er gerät in Verzug. Überhaupt kann immer nur eine solche Mitwirkung des Gläubigers in Frage kommen, die ihrem Zwecke, das Schuldverhältnis zur Beendigung zu bringen, voll genügt. Das gilt vornehmlich für die Fälle, in denen der Gläubiger durch die Annahme zur Erfüllung beizutragen hat. Wie der Gläubiger Anspruch auf eine das Schuldverhältnis endgültig erledigende Leistung hat und daher eine Zahlung unter Vorbehalt zurückweisen darf, ohne moros zu werden, so hat auch der Schuldner ein Anrecht darauf, daß die Annahmetätigkeit des Gläubigers das Schuldverhältnis definitiv beendigt, m. a. W., daß der

3) Kohler, Arch. S. 259.

4) Derselben Ansicht Munk S. 52; Wentrup S. 8; Wolffenstein S. 44.

Gläubiger die ihm angebotene Leistung, ihre Vertragsmäßigkeit vorausgesetzt, als Erfüllung annimmt. Nur zum Zwecke der Erfüllung braucht er zu leisten und nur zu diesem Zwecke bietet er an; eine Annahme, die keine endgültige ist, die ihn nicht von den Fesseln der Obligation befreit, hat für den Schuldner keinen Wert. Daher liegt Nichtannahme vor, wenn der Gläubiger die angebotene Leistung zwar tatsächlich entgegennimmt, sie aber nicht an nimmt, d. h. nicht als Erfüllung gelten lassen will; nicht minder, wenn er die Ware zwar zunächst angenommen hat, sie aber nach erfolgter Untersuchung wegen angeblicher Vertragswidrigkeit dem Schuldner wieder zur Verfügung stellt und auch zu seiner Verfügung hält, z. B. durch Niederlegung bei einem Dritten. In allen diesen Fällen gerät der Gläubiger in Annahmeverzug [5]).

Dagegen kann der Gläubiger trotz Nichtannahme dann nicht in Verzug kommen, wenn er seine Mitwirkung zur Erfüllung deshalb versagt, weil es dem Schuldner an der erforderlichen Leistungsbereitschaft fehlt; ebenso dann nicht, wenn ihn das objektive Recht zur Ablehnung der angebotenen Leistung ermächtigt, wie z. B. in den Fällen der §§ 267 Abs. 2, 367 Abs. 2 und 396 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Ferner führt die Nichtannahme auch dann keinen Verzug des Gläubigers herbei, wenn ihm Gesetz oder Vertrag ein Rücktrittsrecht einräumen und er dieses ausdrücklich oder stillschweigend durch Unterlassen der erforderlichen Mitwirkung ausübt. Einen Fall dieser Art finden wir in der Konkursordnung: Der Konkursverwalter darf von zweiseitigen Verträgen, die zur Zeit der Konkurseröffnung von beiden Teilen noch nicht oder nicht vollständig erfüllt sind, zurücktreten (§§ 17, 26 KO.); bietet hier der Schuldner die Leistung an, so begründet der Verwalter durch seine Nichtannahme weder für die Masse noch für den Gemeinschuldner einen Annahmeverzug [6]).

Schließlich wird man einen Gläubigerverzug trotz Nichtannahme auch schon dann für ausgeschlossen erachten müssen, wenn

---

5) Rosenberg S. 197 fg.; Planck Erl. 6 zu § 293; Staub, Komm. z. HGB. Anm. 4 zu § 373.

6) RG. Bd. 22 S. 111; Rosenberg S. 200.

die Mitwirkung zur Erfüllung der Gläubigerseite füglich nicht zugemutet werden kann, wie das z. B. der Fall ist, wenn sich der Gläubiger durch die Annahme der Leistung einer Schuldanfechtung im Sinne des § 30 der Konkursordnung aussetzen würde [7]).

Die Hauptstreitfrage unserer Lehre im gemeinen Rechte war, ob der Gläubiger durch die bloße Tatsache der Nichtannahme in Verzug kommt oder ob noch ein subjektives Moment auf der Gläubigerseite, ein Verschulden des Gläubigers, hinzutreten müsse. Die herrschende Lehre, als deren Vertreter v. Madai, Wolff, Windscheid, Dernburg und v. Schey zu nennen sind, verlangt ein Verschulden des Gläubigers als wesentliches Erfordernis des Gläubigerverzuges. Auf dem entgegengesetzten Standpunkte stehen Schömann, der zuerst die Frage des Verschuldens aufwarf, Mackeldey, Glück, Fritz, Sintenis, wohl auch Brinz und vor allem Kohler und Hirsch [8]). Eine mittlere Meinung vertritt Mommsen [9]). Nach ihm begründet die Nichtannahme nur dann den Gläubigerverzug, wenn sie „in dem Willen des Gläubigers ihren Grund hat". Danach kommt der Gläubiger also nicht in Verzug, wenn er durch Krankheit, durch notwendige Abwesenheit, überhaupt durch äußere Zufälle an der Annahme verhindert ist. Andererseits aber verlangt Mommsen nicht zur Begründung des Gläubigerverzuges ein Verschulden des Gläubigers. Er konstruiert also, um die Kluft zwischen den beiden entgegengesetzten Anschauungen zu überbrücken, ein Mittelding zwischen casus und culpa, für das der Gläubiger einstehen soll. Ein solches Mittelding aber hat die klassische Jurisprudenz nicht gekannt [10]). Mommsen gibt denn auch selbst zu, daß er in den römischen Quellen eine ausdrückliche Anerkennung seiner Behauptung nicht finden könne. Seine Theorie ist jedenfalls am wenigsten haltbar und hat sich deshalb auch nur sehr weniger Anhänger zu erfreuen gehabt.

---

7) Kohler, bürg. R. S. 198.

8) Schömann S. 12 ff.; Mackeldey S. 209 (§ 345); v. Glück, Pand. Bd. 8 S. 426; Fritz S. 357; Sintenis S. 218; Brinz S. 308 ff.; Kohler, Jahrb. S. 409 ff.; Hirsch S. 215 ff.

9) Mommsen S. 135, 161.

10) v. Schey S. 22; Kohler, Jahrb. S. 411; Hirsch S. 219; Rosenberg S. 208.

Die Vertreter der Lehre, die ein Verschulden des Gläubigers als begriffliches Erfordernis des Gläubigerverzuges verlangt, sind aus verschiedenen Gründen zu diesem Resultate gekommen. Die älteren Schriftsteller, die die mora creditoris in jeder Beziehung mit der mora debitoris gleichstellen, berufen sich darauf, daß der Gläubiger zur Annahme der Leistung oder wenigstens zur Befreiung des Schuldners verpflichtet sei [11]). Allein seit den Ausführungen Mommsens und Kohlers ist die Anschauung von der Mitwirkungs p f l i c h t des Gläubigers heute wohl allgemein aufgegeben [12]). Eine solche Annahmepflicht kann nur in den Ausnahmefällen in Frage kommen, in denen Gesetz oder Vertrag sie ausdrücklich aufstellen. Aber auch hier hat die Frage des Verschuldens nur Bedeutung für einen etwaigen Schuldnerverzug, nicht für den Gläubigerverzug.

Andere Schriftsteller wieder verneinen zwar ausdrücklich jede Mitwirkungspflicht des Gläubigers, stützen aber ganz allgemein das Erfordernis der culpa beim Gläubigerverzuge auf den Parallelismus der mora creditoris und mora debitoris [13]); ein Argument das ebenfalls heute aufgegeben ist, nachdem man erkannt hat, daß die beiden Institute ihrem Wesen und ihren Voraussetzungen nach so fundamental verschieden geartet sind, daß es nicht angängig ist, von den Voraussetzungen des einen ohne weiteres auf die Voraussetzungen des anderen zu schließen. Der Schuldner, der nicht erfüllt, verletzt seine Leistungspflicht; der Gläubiger, der nicht annimmt, übt ein Recht nicht aus. Die mora solvendi hat die Schuld des Schuldners zur Grundlage; die mora accipiendi beruht auf dem Gedanken, daß der Schuldner gegen eine sich aus der Nichtannahme für ihn ergebende Steigerung seiner Verbindlichkeit geschützt werden muß. Der Leistungsverzug des Schuldners erweitert dessen Verpflichtungen aus dem Schuldverhältnisse; der Annahmeverzug des Gläubigers mindert sie, er kann sogar zur Aufhebung des Schuldverhältnisses führen, was der Schuldnerverzug nie vermag.

---

11) Vergl. oben § 2 Anm. 1—3.

12) Vergl. oben § 2.

13) So v. Schey S. 80; Dernburg, Pand. Bd. II § 43 Anm. 10.

Noch in anderer Weise sucht v. Schey die Culpatheorie zu begründen. Er führt aus[14]): Der Schuldner hat weder ein Recht auf Annahme noch ein Recht auf Liberierung, wohl aber hat er ein sehr lebhaftes Interesse daran, von seiner Obligation befreit zu werden. Und dieses Interesse schützt die Rechtsordnung, ohne dem geschützten Schuldner einen Anspruch, ein „Recht im subjektiven Sinne" zu geben. Sie schützt es durch das uralte „praeceptum iuris": alterum non laedere (l. 10 § 1 Dig. 1, 1). Gegen diese „allgemeine Rechtspflicht", die „jedermann gegen jedermann obliegt", — nicht gegen eine konkrete Rechtspflicht — verstößt der Gläubiger, wenn er die Leistung ohne Grund zurückweist. Solange er das aus gerechten Gründen tut, überschreitet er mit der Verzögerung nicht die Schranken seines Rechts. Er kann sich dem geschädigten Schuldner gegenüber auf einen anderen alten Rechtssatz berufen: qui iure suo utitur, neminem laedit (l. 55 Dig. 50, 17), an dem das „neminem laede" seine natürliche Grenze findet. Verzögert er aber unbegründeterweise die Liberierung des Schuldners, so „geht er über die Schranken seines Rechts gerade so gut hinaus, wie derjenige, der mehr begehrt als die geschuldete Summe". Und damit macht er sich eines Verstoßes gegen die oben bezeichnete Rechtspflicht schuldig.

Auch diese Theorie[15]) ist unhaltbar. Richtig ist zwar, daß das „Verschulden" nicht notwendig die Verletzung eines subjektiven Rechts, die Verletzung einer konkreten einem subjektiven Rechte gegenüberstehenden Verpflichtung bedeutet, sondern daß auch schon das Zuwiderhandeln gegen ein allgemeines Rechtsgebot oder -verbot, gegen eine „Rechtsnorm" eine culpa im juristischen Sinne enthält[16]), allein es muß bestritten werden, daß der Satz: alterum non laedere eine solche allgemeine Rechtspflicht darstellt. Er ist nichts weiter als die Übertragung eines griechischen rechtsphilosophischen Prinzips, wie ein solches z. B. auch in dem Satze: suum cuique tribuere (l. 10 § 1 Dig. 1, 1) zum Ausdrucke kommt[17]). Vor allem aber gerät

14) v. Schey S. 94—106.

15) Ihr hat sich Munk S. 44 angeschlossen.

16) So v. Schey S. 97, 101; Munk a. a. O. Anderer Meinung Hirsch S. 176, 216; Kohler, Jahrb. S. 409.

17) Rosenberg S. 203.

diese Lehre mit sich selbst in Widerspruch; denn ist die Annahme nur ein Recht des Gläubigers, — wie v. Schey [18]) scharf betont —, so übt der Gläubiger, wenn er nicht annimmt, eben nur sein gutes Recht aus und qui iure suo utitur, neminem laedit. Auch diese Theorie läuft im letzten Grunde auf eine Annahmepflicht des Gläubigers hinaus.

Windscheid [19]) endlich findet das entscheidende Moment zur Rechtfertigung der Culpatheorie ausschließlich in Billigkeitsgründen [20]). Er meint: „der Verzug hat für den Gläubiger Nachteile zur Folge, und Nachteile dürfen, wo nicht eine unzweifelhafte gesetzliche Bestimmung das Gegenteil fordert, nicht einem Unschuldigen auferlegt werden". Indessen, diese Nachteile werden gar nicht erst dem Gläubiger auferlegt; sie treffen ihn von selbst. Das geht aus der Natur dieser Nachteile hervor. Die Annahme ist nur ein Recht des Gläubigers, sie ist nichts anderes als die Benützung eines Vermögensrechtes gegen den Schuldner. Ob der Gläubiger davon Gebrauch machen will oder nicht, ist seine Sache. Ihn treffen natürlich auch die Nachteile, die sich an den Nichtgebrauch seines Rechts knüpfen, ebenso wie derjenige, der sein Vermögen nicht nutzt, den ihm daraus entspringenden Schaden in Kauf nehmen muß, gleichgültig, ob er sein Vermögen nicht nutzen konnte oder nicht nutzen wollte. Und wenn der Gläubiger sich darauf beruft, daß er schuldloserweise nicht habe annehmen können, so kann dies der Schuldner mit um so größerem Rechte tun; denn er ist in allen Fällen an der Verzögerung der Leistung schuldlos, und ihm als dem ganz schuldlosen Teile die Nachteile aufzubürden, dafür fehlt es an jedem Rechtsgrunde [21]). Auch die Argumentation Windscheids wäre nur haltbar, wenn eine Annahme p f l i c h t des Gläubigers bestünde; daß dies aber nicht der Fall ist, gibt Windscheid selbst zu.

Gibt es nun aber, wie wir gesehen haben, überhaupt keine Rechtspflicht, die der Gläubiger durch seine Nichtannahme verletzt,

18) v. Schey S. 93.

19) Windscheid-Kipp S. 446—7 (§ 345 Z. 3).

20) Ebenso Baron, Pand. § 241 I, ohne nähere Begründung.

21) Kohler, Jahrb. S. 269, 410 und Arch. S. 160 ff.; Hirsch S. 217; Rosenberg S. 206; Schollmeyer S. 137.

und erweisen sich auch die übrigen für die Culpatheorie vorgebrachten Argumente als nicht stichhaltig, so entbehrt die Ansicht derer, die ein Verschulden zum Gläubigerverzuge verlangen, jeder Grundlage. Die römischen Quellen ergeben, wie auch die Anhänger der Verschuldenslehre zugeben [22]), kein unzweifelhaftes Resultat, ob culpa nötig sei oder nicht [23]). Man wird daher auch für das römische und gemeine Recht an der Auffassung festzuhalten haben, die sich theoretisch am besten rechtfertigen läßt, nämlich, daß ein Verschulden oder ein sonstiges subjektives Moment auf der Gläubigerseite zur Begründung des Gläubigerverzuges *nicht* erforderlich ist. Mit Recht stellt sich darum auch das Bürgerliche Gesetzbuch in § 293 im Gegensatz zu den meisten neueren Gesetzbüchern und Gesetzesentwürfen [24]) auf den Standpunkt des Nichtverschuldungsprinzips. Die Gründe, die den Gesetzgeber dazu veranlaßt haben, geben die Motive [25]) selbst an: „Außer der Erwägung, daß es unbillig wäre, dem Schuldner als Folge eines in der Person des Gläubigers eingetretenen Zufalles eine Erschwerung seiner Verbindlichkeit aufzuerlegen, nötigen wesentlich praktische Gründe zu dieser Behandlung des Gläubigerverzuges. Der Schuldner wird, wenn der durch Zufall oder ohne seine Fahrlässigkeit an der Annahme verhinderte Gläubiger nicht in den Verzug der Annahme gerät, zur öffentlichen Hinterlegung geradezu gedrängt (§§ 372 ff.). Hierdurch wird aber dem

---

22) Windscheid-Kipp a. a. O.; Baron a. a. O.

23) Auf die Quellenzeugnisse näher einzugehen, würde hier zu weit führen. Am meisten scheinen uns die ll. 3 § 4 Dig. 19, 1 und 18 Dig. 13, 5 dafür zu sprechen, daß die Römer das Erfordernis des Verschuldens zum Gläubigerverzuge nicht gekannt haben. Im übrigen wird auf die zutreffenden Ausführungen Hirschs S. 220 ff., Rosenbergs S. 201 ff. und Wachsners S. 24 ff. verwiesen.

24) Preuß. allg. Landrecht T. I Tit. 11 §§ 98, 102, 103, 216, 939, 940; sächs. bürg. Gesetzbuch §§ 746—749; Dresdner Entwurf Art. 306, 308, 309, 311; hess. Entwurf IV Art. 241; 246; bayer. Entwurf II Art. 128; allgem. österr. bürg. Gesetzbuch § 1419; code civil Art. 1257 ff., 1382. Zweifelhaft ist, welchen Standpunkt das schweizerische Bundesgesetz über Obligationsrecht v. J. 1881 in Art. 106 einnimmt. (Vergl. v. Schey S. 90; Hirsch S. 235 fg.)

25) Mot. II S. 68 ff.

insoweit zu beachtenden Interesse des Gläubigers kaum gedient. Es läge auch eine unverkennbare große Inkonsequenz darin, die mora accipiendi durch Umstände auszuschließen, welche dem Depositionsrechte nicht entgegenständen." Zu Unrecht erblickt Endemann [26]) in dieser Begründung einen Zirkelschluß. Denn das Hinterlegungsrecht hat keineswegs notwendig den Gläubigerverzug zur Voraussetzung; der Schuldner kann auch, ohne daß der Gläubiger sich im Verzuge befindet, hinterlegen (vergl. § 372 Satz 2), und er wird es tun, wenn der Gläubiger nur bei Verschulden in Verzug gerät, um sich seiner Haftung zu entledigen. Kommt dagegen der Gläubiger ohne jedes Verschulden in Verzug, so wird die Haftung des Schuldners dadurch schon so sehr gemindert, daß er in den meisten Fällen von einer Hinterlegung absehen kann [27]).

Zum Gläubigerverzuge genügt also die nackte Tatsache der Nichtannahme der ordnungsmäßig angebotenen Leistung durch den Gläubiger. Nimmt dieser die von seiner Seite zur Bewirkung der Leistung erforderliche Mitwirkung nicht rechtzeitig vor, so fehlt ihm jede Möglichkeit, sich deshalb rechtlich zu entschuldigen [28]). Er kommt daher in Annahmeverzug, wenn er auch aus den entschuldbarsten Gründen nicht annimmt, auch wenn ihn äußere Zufälle oder höhere Gewalt verhindern, die zur Leistung erforderliche Situation herbeiführen. Ebenso gerät er durch die Nichtannahme in Verzug, wenn er in gutem Glauben die ihm vom Schuldner angebotene Leistung für mangelhaft hält oder wenn er von seinem Gläubigerrechte gar nichts weiß [29]), z. B. als Erbe des früheren Gläubigers.

Unleugbar könnte die strenge Durchführung des Grundsatzes, daß der Gläubiger durch die bloße Nichtannahme der angebotenen

---

26) Endemann S. 788 Anmerk. 11; ebenso Munk S. 48; Wentrup S. 5.

27) Ebenso Charmak S. 57.

28) Stammler S. 152. — Hierin liegt der wichtigste Unterschied zwischen den Voraussetzungen des Gläubigerverzuges und denen des Schuldnerverzuges, der nach § 285 nicht eintritt, „solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat."

29) Cosack S. 431 (§ 106 I 3 a).

Leistung in Verzug kommt, ohne Exkulpationsgründe geltend machen zu können, zu Härten für den Gläubiger führen, um so mehr, als ja der Schuldner gemäß des Grundsatzes: quod sine die debetur, statim debetur und des anderen: diei adiectio in dubio pro reo est (§ 271) dem Gläubiger jederzeit die Leistung anbieten kann und der Gläubiger, will er nicht in Verzug kommen, jederzeit zur Annahme bereit sein muß. Das könnte zu Härten führen, die durch § 242 nicht immer beseitigt werden können. Deshalb hat sich der Gesetzgeber zu einer Abmilderung des schroffen Nichtverschuldungsprinzips veranlaßt gesehen, indem er in § 299 bestimmt, daß in den Fällen, wo eine Leistungszeit nicht bestimmt oder der Schuldner vorher zu leisten berechtigt ist, eine vorübergehende Verhinderung an der Annahme den Gläubiger nicht in Verzug bringt, wenn der Schuldner es unterließ, ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher anzukündigen. Dieser zweckmäßigen Bestimmung ist bereits an anderer Stelle (oben § 10) ausführlich gedacht worden.

Dagegen gewissermaßen eine Verschärfung des Prinzips, daß der Gläubiger dann in Verzug kommt, wenn er nicht annimmt, enthält der § 298 für die gegenseitigen Schuldverhältnisse. Er lautet:

> „Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet."

Der Grundgedanke dieser Bestimmung, die im wesentlichen dem bisherigen Rechte entspricht [30]), ist derselbe wie in § 295 [31]): Der Gläubiger soll nicht nur dann in Verzug geraten, wenn er die Annahme der Leistung überhaupt unterläßt, sondern auch schon dann,

---

30) Wolff S. 438 ff.; Sintenis S. 217; v. Schey S. 112 ff.; Kohler, Jahrb. S. 283 ff. und Arch. S. 189 ff.; Munk S. 92 ff.; vergl. auch sächs. BGB. § 747: „. . . . Hat der Verpflichtete nur gegen eine Gegenleistung zu erfüllen, so kommt der Berechtigte in Verzug, wenn ihm der Verpflichtete die Erfüllung anbietet und er entweder die Erfüllung nicht annimmt, oder zwar hierzu bereit ist, aber die Gegenleistung verweigert."

31) Planck, Erl. 1 zu § 298, meint, die Vorschrift des § 298 lasse sich schon aus dem § 295 ableiten. Diese Auffassung erscheint uns nicht unbedenklich; die Motive II S. 73 und Matthiaß S. 368 lehnen sie direkt ab.

wenn er es an der zur Leistung erforderlichen Mitwirkung fehlen läßt. Dies ist, wie wir oben (§ 1) gesehen haben, aber auch schon dann der Fall, wenn er diejenigen Bedingungen zu setzen unterläßt, unter denen allein nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses die Leistung vom Schuldner verlangt werden kann. Besonders deutlich tritt dieses Prinzip bei den gegenseitigen Verträgen, die Zug um Zug zu erfüllen sind, hervor. Bei ihnen stehen sich die Kontrahenten jeder zugleich als Gläubiger und als Schuldner gegenüber. Nehmen wir den Fall des Barkaufs an. Hier besteht die Verpflichtung des Schuldners in der Eigentumsübertragung gegen Barzahlung und zwar nur gegen Barzahlung. Es hieße vom Verkäufer mehr verlangen, als wozu er vertragsmäßig verpflichtet ist, wollte man ihm zumuten, die Eigentumsübertragung vorzunehmen, ohne daß ihm gleichzeitig der Kaufpreis entrichtet würde. Will daher der Käufer-Gläubiger die Kaufsache zwar entgegennehmen, weigert er sich aber der sofortigen Barzahlung, so setzt er sich damit nicht in die Lage, die Leistung des Verkäufers so anzunehmen, wie sie überhaupt gemacht zu werden braucht; er unterläßt also die dem Schuldner vertragsmäßig zu gewährende Mitwirkung und kommt damit in Annahmeverzug. Unzutreffend ist es daher, wenn man[32]) für das gemeine Recht bei derartigen gegenseitigen Schuldverhältnissen den Satz aufgestellt hat, der Schuldner müsse, um den Gläubiger, der zwar annehmen, aber seinerseits nicht leisten wolle, in Annahmeverzug zu setzen, auf das ihm vertraglich zustehende Recht sofortigen Empfangs der Gegenleistung verzichten.

Derselbe Grundsatz ist aber auch auf alle die Fälle anzuwenden, in denen es sich zwar nicht um eine eigentliche Gegenleistung handelt, aber doch der Schuldner verlangen kann, daß vor oder gleichzeitig mit seiner Leistung eine Leistung des Gläubigers erfolge[33]). In Betracht kommen hierbei z. B. die Fälle, in denen der Schuldner nur gegen Quittung (§ 368) oder gegen Rückgabe des Schuldscheins (§ 371) zu leisten braucht. Verlangt der Schuldner mit dem An-

---

32) Mommsen S. 146; Ulrich S. 19; Koch, mora creditoris S. 20. Richtig Munk S. 32; Rosenberg S. 198.

33) Planck Erl. 1 zu § 298; Oertmann Bem. 1 zu § 298.

gebote der Leistung ein schriftliches Empfangsbekenntnis oder die Rückgabe des Schuldscheins, so kommt der Gläubiger, der die Quittungsausstellung unterläßt, den Schein nicht zurückhändigt, in Annahmeverzug, auch wenn er im übrigen zur Annahme der Leistung bereit ist [34]). Ebenso verhält es sich in den Fällen, wo der Schuldner bei Bewirkung der Leistung die Aushändigung der Schuldverschreibung (§ 797), des Hypothekenbriefes oder sonstiger Urkunden (§ 1144) oder die Rückgabe des Pfandes (§ 1223) verlangen kann. Ein weiteres hierher gehörendes Beispiel bietet der § 321: Der aus einem gegenseitigen Vertrage zur Vorleistung verpflichtete Schuldner kann, wenn nach dem Vertragsschlusse bei dem anderen Vertragsteile (Gläubiger) eine wesentliche Vermögensverschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, die ihm obliegende Leistung verweigern, bis von der Gläubigerseite die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird. Bietet hier der Schuldner, wozu er befugt ist, seine Leistung mit dem Verlangen der Gegenleistung oder der Sicherstellung an und entspricht dem der Gläubiger nicht, so gerät er in Gläubigerverzug [35]). Ein weiterer Fall, in dem der Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht an der Leistung ausüben kann, bis ihm der Gläubiger seine Retentionsansprüche befriedigt oder Sicherheit geleistet hat, ist in § 273 gegeben. Der § 298 findet ebenso dann Anwendung, wenn der Schuldner die Abtretung von Ersatzansprüchen verlangen kann, z. B. in den Fällen der §§ 255 und 281 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hierher gehört auch der Fall, daß der Gläubiger sich dem Schuldner auf dessen Verlangen durch Vorlegung von Urkunden z. B. der Abtretungsurkunde (§ 410) oder des Erbscheins über seine Gläubigereigenschaft ausweisen muß [36]).

---

34 Nach § 369 Abs. 1 hat der Schuldner im Zweifel die Kosten der Quittung zu tragen und vorzuschießen. Bietet er daher dem Gläubiger, von dem er Quittung verlangt, mit der Leistung nicht auch die Vorschußleistung für die Quittungskosten an, so kommt der Gläubiger, der daraufhin die Quittung nicht erteilt, nicht in Annahmeverzug. Der § 298 findet daher in diesem Falle keine Anwendung.

35) Kohler, bürg. R. S. 200.

36) Rosenberg S. 199.

Als Gegenleistungen im Sinne des § 298 stellen sich endlich auch die Ansprüche aus sog. unvollkommen zweiseitigen Verträgen dar, die der Schuldner mit der actio contraria geltend zu machen hat, und die Ansprüche aus quasi kontraktlichen Verhältnissen, sofern für beide Teile bereits Leistungspflichten entstanden sind[37]). Hierher gehören z. B. die Ersatzansprüche des Entleihers (§ 601 Abs. 2), des Beauftragten (§ 670), des Geschäftsführers ohne Auftrag (§ 683), des Verwahrers (§ 693), des Besitzers (§ 994) und des Nießbrauchers (§ 1049)[38]).

Hält in den angeführten Fällen der Schuldner mit seiner Leistung zurück, weil der Gläubiger die verlangte Gegenleistung unterläßt, so kommt er dadurch natürlich nicht in Leistungsverzug. Wohl aber kann anderseits der Gläubiger als Schuldner in Bezug auf die Gegenleistung in Erfüllungsverzug geraten, nämlich dann, wenn sie infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unterbleibt (§ 285). Glaubt also z. B. der Gläubiger aus entschuldbarem Irrtume zur Gegenleistung nicht verpflichtet zu sein, so gerät er zwar in Annahme-, nicht aber in Leistungsverzug. Die zu letzterem nach § 284 erforderliche Mahnung ist in dem Verlangen der Gegenleistung zu erblicken.

Für das gemeine Recht war es, wie bereits angedeutet, zweifelhaft, ob in allen diesen Fällen Leistung und Gegenleistung in einem so engen Zusammenhange stehen, daß die Verweigerung der verlangten Gegenleistung durch den zur Annahme bereiten Gläubiger hinsichtlich der Leistung des Schuldners, einen Gläubigerverzug in sich schließt. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich jedoch in durchaus zweckmäßiger Weise über die etwaigen theoretischen Bedenken hinweggesetzt[39]). Wo immer Leistung und Gegenleistung sich gegenüberstehen, da kommt der Gläubiger trotz Annahmebereitschaft in Verzug, wenn er die verlangte Gegenleistung anzubieten unterläßt. Er kommt selbstverständlich auch dann in Annahmeverzug, wenn er

---

37) Mot. a. a. O.; Schollmeyer S. 143 unter 2a.

38) Einen weiteren in das Gebiet des § 298 gehörenden Fall bietet der bereits oben in § 1 erwähnte § 618 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

39) Hirsch S. 250; Munk S. 52.

vorzuleisten hat und der Schuldner die Leistung gegen Bewirkung der fälligen Vorleistung anbietet. Ist dagegen der Schuldner vorleistungspflichtig, so kommt der Gläubiger nicht in Verzug, wenn er zur Annahme bereit ist, die verlangte Nachleistung aber nicht sogleich anbietet. Eine ausdrückliche Verweigerung der Gegenleistung wird nicht erfordert[40]; es genügt die einfache Tatsache des Nichtanbietens. Auch kommt es auf die Fähigkeit des Gläubigers zur Leistung nicht an, da es sich hier ja nur um den Gläubigerverzug handelt[41]. Die Art, in welcher das Angebot der Gegenleistung zu erfolgen hat, bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften, die für das Angebot der Leistung durch den Schuldner gelten (§§ 294—297). Vorausgesetzt wird jedoch in § 298, daß der Schuldner die Gegenleistung „verlangt" hat. Dies hat er zu beweisen, wogegen den Gläubiger die Beweislast dafür trifft, daß er die ihm obliegende Gegenleistung auf das Verlangen des Schuldners hin angeboten habe. Unterläßt der Schuldner dieses Verlangen, so kommt der annahmebereite Gläubiger durch Unterlassen der Gegenleistung nicht in Verzug. Dies gilt selbst für die gegenseitigen Verträge, die Zug um Zug zu erfüllen sind[42]. Bietet freilich der Schuldner die Leistung gegen die Gegenleistung an, so ist darin natürlich das Verlangen der Gegenleistung zu erblicken.

Daß immer nur der Schuldner selbst die Leistung anbieten müsse, wird in § 298 nicht verlangt. Wo das Gesetz dem Dritten ein eigenes Recht zur Befriedigung des Gläubigers und auf Grund der Leistung einen Gegenanspruch gewährt, da ist der Gläubiger, will er nicht in Annahmeverzug kommen, gehalten, die verlangte zur Erfüllung des Gegenanspruches erforderliche Gegenleistung anzubieten. Hierher gehört z. B. der Fall der §§ 1144, 1145, wonach bei Briefpfandrechten der Eigentümer gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Hypothekenbriefes und der sonstigen zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlichen Urkunden verlangen kann, sowie der Fall der Interventionsbefugnis

---

40) Anders das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch in § 747.
41) Oertmann Note 2 zu § 298.
42) Schollmeyer S. 143 unter 2c.

Dritter in § 268 [43]), wo natürlich der Gläubiger dem Dritten, der ihm zur Abwendung der Zwangsvollstreckung die Befriedigung der Forderung anbietet, auf sein Verlangen auch die darüber bestehenden Urkunden aushändigen muß. Aber auch sonst ist jeder, der für den Schuldner den Gläubiger zu befriedigen berechtigt ist (§ 267), befugt, vom Gläubiger die Ausstellung einer Quittung und die Rückgabe des Schuldscheins (§ 371) zu verlangen, und es treffen den Gläubiger die Folgen des Annahmeverzuges, wenn er dem nicht entspricht. Abgesehen von diesen Fällen ist ein Anderer als der Schuldner oder sein legitimierter Stellvertreter nicht ohne weiteres zum Verlangen der Gegenleistung befugt, wenn er nach § 267 für den Schuldner leistet, und es kommt daher der Gläubiger, der die verlangte Gegenleistung anzubieten unterläßt, nicht in Annahmeverzug [44]).

43) Zu vergl. auch §§ 1150, 1249 BGB.s.
44) Schollmeyer S. 143 unter 2b; Planck a. a. O.

Schluß.

§ 16.

Beendigung des Gläubigerverzuges.

Über die Beendigung des Gläubigerverzuges hat das Bürgerliche Gesetzbuch positive Vorschriften nicht getroffen, wie es im ersten Entwurfe der Fall war. Der § 262 lautete:

> „Der Verzug des Gläubigers hört für die Zukunft mit dem Zeitpunkte auf, in welchem er das Versäumte nachgeholt und sich zugleich zum Ersatze der in § 261 bezeichneten Mehraufwendungen bereit erklärt hat."

Die Kommission für den zweiten Entwurf strich diese Bestimmung, teils weil sie entbehrlich, teils weil sie — bezüglich der Bereiterklärung des Gläubigers — bedenklich sei [1]).

Was vorliegen muß, damit der Verzug für die Folgezeit als beendigt anzusehen sei, ergibt sich aus den Folgerungen, die aus dem Gläubigerverzuge zu ziehen sind. Zunächst fällt natürlich der Gläubigerverzug fort, wenn das Forderungsrecht wegfällt. Er erlischt durch Verzicht des Schuldners, durch Rücknahme des Angebots oder durch Vertrag über das fernere Stehenbleiben der Schuld, sei es in alter oder veränderter Form. Der Verzug hört auf, wenn der Schuldner ein zweites Mal die Leistung anbietet und der Gläubiger nunmehr annimmt. Zu einem zweiten Angebote ist jedoch der Schuldner nicht verpflichtet; er kann abwarten, daß der Gläubiger das Versäumte nachholt. Zu diesem Zwecke muß sich der Gläubiger

---

1) Reatz S. 126.

oder sein legitimierter Vertreter [2]) zur Annahme der Leistung bereit erklären oder wenigstens dem Schuldner unzweideutig zu erkennen geben, daß er zur Annahme bereit sei. Nach Treu und Glauben ist zu verlangen, daß dieses Erbieten des Gläubigers erfolgt, sobald es ihm möglich ist, wenn anders in seinem Verhalten nicht ein Verzicht auf die Leistung erblickt werden soll. Man kann nicht gestatten, daß der Gläubiger erst nach längerer Zeit oder gar erst nach Jahren — wozu ihn vielleicht Spekulationsgründe veranlassen könnten — vom Schuldner die Leistung einfordert. Wie weit dieser Zeitraum zu bemessen ist, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden und daher dem richterlichen Ermessen zu überlassen [3]). Sind von seiner Seite Hilfshandlungen zur Bewirkung der Leistung erforderlich, so muß der Gläubiger sie vornehmen; eine bloße Bereiterklärung dazu genügt nicht [4]). Soweit er seinerseits etwas zu leisten hat, muß er die Leistung dem Schuldner anbieten. Sind dem Schuldner infolge des Verzuges Mehraufwendungen entstanden, so muß er sich auch zu ihrem Ersatze erbieten oder, da er in der Regel deren Höhe nicht kennen wird, wenigstens Sicherheit leisten oder bei Geldschulden dem Schuldner gestatten, den fraglichen Betrag von der Schuldsumme abzuziehen [5]).

Während alle diese Grundsätze schon für das gemeine Recht galten [6]) macht sich jetzt eine Abweichung von diesem insofern geltend, als sich durch den Gläubigerverzug der Leistungsort nicht mehr ändert, wie das früher der Fall war [7]). Ist der Leistungsort am Wohnsitze des Gläubigers, so muß der Schuldner den Leistungs-

---

2) So wird z. B. der Annahmeverzug durch eine vom Prozeßbevollmächtigten des Gläubigers abgegebene Annahmeerklärung geheilt. RG. v. 21./25. Oktober 1904 in Seuff. Arch. Bd. 60 S. 333.

3) Rosenberg S. 298.

4) RG. Bd. 8 Nr. 5 S. 23; Oertmann Vorbem. zu § 293 unter 2c; Staudinger Bem. 5 b zu § 293; Cosack S. 435; Rehbein S. 142.

5) Sintenis S. 221 Note 146.

6) Windscheid-Kipp S. 448.

7) Mommsen S. 293; ROHG. Bd. 2 Nr. 93 S. 418.

gegenstand nochmals bringen [8]); nur kann er nach § 304 Ersatz der Mehraufwendungen für das vergebliche Angebot, sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes verlangen. Wegen dieser Verwendungen steht ihm nach § 273 Abs. 2 ein Zurückbehaltungsrecht an der Hauptleistung zu. Bietet er dem Gläubiger die Leistung Zug um Zug gegen Leistung des Ersatzes an, so kommt der Gläubiger, wenn er den verlangten Ersatz nicht anbietet, von neuem gemäß § 298 in Annahmeverzug.

Welche Personen auf der Gläubiger- wie Schuldnerseite die Beendigung des Gläubigerverzuges herbeiführen können, welche Voraussetzungen insbesondere für die Mitwirkung auf beiden Seiten zu erfordern sind, ist nach den oben in den §§ 7 und 6 gemachten Ausführungen zu entscheiden. Als Ergebnis danach sei hier nur folgendes hervorgehoben: Handelt es sich um ein Gesamtgläubigerschaftsverhältnis, so kann jeder Gläubiger zur Beendigung des Verzuges mitwirken. Dagegen ist, wenn der Schuldner nur an alle Gläubiger gemeinschaftlich leisten kann, ein Zusammenwirken aller Gläubiger erforderlich. Für den Fall, daß dem Gläubiger mehrere Schuldner als Gesamtschuldner gegenüberstehen, ist die Frage der Beendigung des Gläubigerverzuges in der Literatur überaus bestritten. Während nach der einen Ansicht [9]) die Wirkungen des gegenüber einem Schuldner eingetretenen Annahmeverzuges für alle Gesamtschuldner wegfallen, wenn der Gläubiger die erforderlichen Erklärungen und Hilfshandlungen auch nur irgend einem der Schuldner gegenüber vornimmt, läßt eine zweite Meinung [10]) die Verzugswirkungen nur gegenüber demjenigen Schuldner aufhören, dem gegenüber der Gläubiger die Annahmebereitschaft erklärt hat, im übrigen aber den Annahmeverzug fortbestehen. Eine

---

8) Dernburg, bürg. R. S. 200; Rehbein a. a. O.; Staub, Komm. z. HGB. Exkurs zu § 372 Anm. 27; Rosenberg S. 297.

9) Türcke-Niedenführ Bem. 3 zu § 424; Oertmann 1. Aufl. Note 2 zu § 424; Rosenberg S. 297.

10) Dernburg, bürg. R. S. 457; Matthiaß S. 476; Planck 1. u. 2. Aufl. Anm. 1a zu § 424; Kuhlenbeck, BGB. Anm. 1 zu § 424.

dritte — vermittelnde — Meinung [11]) geht dahin: Hat der Gläubiger seinen Verzug gegenüber dem ursprünglich anbietenden Schuldner beendigt, so hören damit auch dessen Wirkungen allen Schuldnern gegenüber auf; erklärt er seine Annahmebereitschaft jedoch einem anderen als dem ursprünglich anbietenden Schuldner, so bleiben die Wirkungen des gegen den letzteren vorhandenen Annahmeverzuges für alle Schuldner bestehen. Nach einer vierten, wohl jetzt herrschenden, Ansicht [12]) endlich, die wir für die richtige halten und der wir uns daher anschließen, ist folgendermaßen zu unterscheiden: Nimmt der Gläubiger die zur Beendigung des Verzuges erforderlichen Erklärungen und Hilfshandlungen gegenüber demjenigen Gesamtschuldner vor, gegen welchen er sich in Annahmeverzug befand, so sind mit dem Wegfalle des letzteren dessen Wirkungen auch für alle anderen Gesamtschuldner „als bloßer Reflex“ [13]) von selbst für die Zukunft erloschen. In diesem Falle wirkt also die Erklärung der Annahmebereitschaft objektiv. Nimmt er die erforderlichen Erklärungen und Hilfshandlungen dagegen einem anderen Gesamtschuldner gegenüber vor, so werden damit höchstens die Wirkungen des Annahmeverzuges diesem gegenüber aufgehoben; im übrigen aber hört sein Annahmeverzug gegenüber dem ursprünglich anbietenden Mitschuldner nicht auf und bleiben auch die Verzugswirkungen zugunsten der übrigen nicht gemahnten Gesamtschuldner bestehen. In diesem Falle wirkt daher die Annahmeerklärung wenigstens subjektiv. Dafern in der Erklärung der Annahmebereitschaft eine Mahnung zu erblicken ist — und das wird meist der Fall sein, da sich im praktischen Leben die nachträgliche Annahmeerklärung in der Regel in der Form der Aufforderung zur Leistung vollzieht —, gerät dieser gemahnte Gesamtschuldner in

---

11) Hellmann in Krit. Viert.-Schr. 3. Folge Bd. 5 S. 247—248; Rehbein S. 453; Fischer-Henle Note 2 zu § 424.

12) Schollmeyer Bem. 3 zu § 424; Kremer S. 83 ff., 101 ff.; jetzt auch Oertmann Note 2a, b zu § 424 (gegen die 1. Aufl.); Planck Bem. 1a—d zu § 424 (gegen die 1. u. 2. Aufl.) und Staudinger Bem. 3a—c zu § 424 (gegen die 1. Aufl.).

13) Oertmann Note 2a zu § 424.

Erfüllungsverzug, wenn er nunmehr schuldhaft nicht leistet (§§ 284, 285 BGB.s). Wollte man aber diesem Gesamtschuldner gegenüber nicht wenigstens die Wirkungen des gegen einen anderen Gesamtschuldner eingetretenen Gläubigerverzuges erlöschen lassen, so käme man zu dem nicht zu billigenden Ergebnisse, daß zwischen dem Gläubiger und demselben Schuldner zugleich ein Annahme- und ein Leistungsverzug bestehen würde, eine Auffassung, die bereits oben (§ 14) als unzutreffend zurückgewiesen worden ist [14]).

14) Derselben Ansicht Oertmann Note 2b zu § 424.